TRACTATVS

DE

TESTAMENTIS

2

TRACTATVS
DE
TESTAMĒTIS

AVTHORE

P. FRANCISCO PINHEIRO,
LVSITANO GOVVEENSI,
SOCIETATIS JESU,
DOCTORE THEOLOGO;

IN EBORENSI ACADEMIA
OLIM PRIMARIO SACRÆ THEOLOGIÆ
Magiſtro, & ejuſdem Academiæ
Cancellario:

TOMVS PRIMVS.

CONIMBRICÆ:

Cum Priuilegio, & Sup. Gratiâ.

Apud JOSEPHUM FERREYRA, Vniuerſit. Typograph.
Anno Domini M.DC.LXXXI.

SANCTISSIMÆ VIRGINI DEIPARÆ ABSQUE LABE ORIginali conceptæ.

NON leui piaculo me obstringi putarem, ò Sanctissima Deipara, si Te, tuæque immaculatæ Conceptionis prædicatione omissa, hunc meum de Testamentis laborem, sub alterius nomine, aut patrocinio in lucem darem. Memini enim, cùm in Eborensi Academia Primarium Theologiæ Magistrum agerem, illo ipso festiuissimo die tuæ immaculatæ Conceptioni consecrato, 8. scilicet Decemb. anno 1648. quo vniuersi ejusdem Academiæ Doctores, & Magistri, vnà cum Rectore, & cæteris administris, sub jurejurando publicè, ac solemni ritu nuncupato, semper se opinionem, quæ tuam ab originali culpa immunitatem tuetur, defensuros professi sunt, apud me statuisse hunc Tractatum Auditoribus meis tradendum cõponere; ac ne tam bene ominati diei auspicium præterlabi sinerem, eodem ipso die primam illi manum admouisse. Ex quo, si ita dicere fas est, Opus hoc Tecum pariter conceptum, Tibi continuò cæpit adolescere. Adhæc, cùm varijs de causis sæpius fuisset interruptum, multæque illius progressui obstarent difficultates, omnibus ex voto superatis, illud tandem solemni Visitationis tuæ die, 2. videlicet Iulij an. 1658. feliciter absolui: vt omne procul esset dubium, quemadmodum principium, sic & finem à Te fuisse consequutum; & quidem, nisi Te patrocinante, nec ad illud aggrediendum animus, nec ad prosequendum, & perficiendum meæ sufficerent vires; præsertim aduersâ ferè semper per id temporis corporis valetudine. Tuum ergo est, Tibique acceptum refero, si quid in eo vel rectè ad intelligentiam descriptum, uel ad uoluptatem concinnum, vel ad vtilitatem, & vsum ex sanæ doctrinæ fontibus depromptum est. Nec modò ingratus, verum etiam injurius non immeritò dicerer si, Te præter, alium ei patronum, aut vindicem in lucem prodituro adscriberem.

Cæterùm, quando totus hic liber ad testamentariam dispositionem spectat, ipsa hujusce rei conditio monet, non posse me, aut Tibi ad honorem consultius, aut mihi ad fructum opportunius de his qualibuscumque meis elucubrationibus in præsentiarum disponere, quàm si in eis, quasi ex testamento in piam causam, Te hæredem instituero: est enim institutionis titulus cæteris omnibus honorabilior, vt jura ipsa non semel in hoc ipso opere inculcata indubitanter statuunt; nec aliquis sibi, suisque rebus meliùs, quàm per testamentum consulit, vt ex ipso etiam jure notum est.

Dignare igitur, ò Sanctissima Deipara, vt hoc qualecumque munusculum, etsi multis alijs Tibi nominibus debitum, institutionis etiam, ac hæredis titulo, ad Te per-

ueniat; liceatque mihi, more modoque teſtantium, duo quædam fideicommiſsi nomine
à Te expoſcere. Primum eſt, vt cùm hæc anima eſt præſentis vitæ exilio migrauerit,
peculiarem circa illam curam geras, efficiasque, vt quamprimum optato Filij tui
ſanctiſsimi poſita conſpectu, vnà tecum in luce, ac felicitate conquieſcat æterna. Al-
terum eſt, vt hoc ipſum Opuſculum, vel hac vna de cauſa, quòd Tibi, tuæque imma-
culatæ Conceptioni à me conſecratum eſt, ab obtrectatorum calumnijs tuearis, &
protegas; neque vnquam à Te alienum fieri permittas. Quæ quidem licèt ad ſpeciem
onera ſint hæreditaria, Tibi certè onera non ſunt: nulla enim Te grauat cura, nullum
onus, quod ad tuorum clientum ſpectet vtilitatem. Si enim Sanctus Iob verè dice-
Iob. re potuit: Ab infantia mea creuit mecum miſeratio, & de vtero matris meæ
31. egreſſa eſt mecum: certè in Te, non ſolùm ab infantia, & materno vtero; ſed ab
18. ipſo primo vitæ tuæ exordio, miſerationem, & beneficentiam creuiſſe, maiori iure
affirmandum eſt: neque enim nudo aut ſolitario, vt ſic dicam, ſanctificantis gratiæ
dono Conceptio tua fuit exornata, ſed pulcherrimo ſimul virtutum omnium comitatu
vltra cæterorum cæleſtium Procerum menſuram cumulata: atque vt præ cæteris illis
virtutibus in Te ſemper, tum in Deum, tum in homines charitas, eluxit; ita & bene-
ficentia indiuidua illius aſſecla proniùs, ac pleniùs jam inde ab ipſo Tui conceptu in nos
effluxit. Quid ergo verear vlla à Te beneficia, aut officia charitatis expoſcere; cùm
ſciam, Te his non modo non grauari, ſed potiùs juuari, atque ad ea exercenda exci-
tari currentem?

Accipe igitur, ò Sanctiſsima Deipara, hoc exiguum de meis laboribus munuſculum: & tum librum ipſum, tum præcipuè illius Authorem ſerua, & tuere, ad maiorem Filij tui, ſimulque Dei gloriam, ad venerandi nominis tui laudem, ac nominatim ad ſingularem tuæ immaculatæ Conceptionis honorem, quem indies magis ac magis eluceſcere, omniumque præconijs celebrari, ſummoperè exopto, ac precor.

Franciſcus Pinheiro.

BENEVOLO LECTORI.

OBstrictam jamdiu à me fidem de edendo tractatu de Testamentis exoluo, beneuole Lector. En illum tibi profero, & offero maiori qua potui diligentia, & studio concinnatum. In quo tria potissimùm animaduertes, quæ in optimo quoque libro maximè spectantur. Primum est, materiæ præstantia, & vtilitas. Alterum, accomoda styli, ac dicendi vel differendi ratio. Tertium, apta totius operis distributio, ac dispositio. Præstantiam, & vtilitatem materiæ non est quòd multis cõmendem; cùm vel ipso vsu, & quotidiano experimento omnibus sit perspicua. Versatur enim hoc opus circa testamentarias dispositiones, vel rectè, aut rite ordinandas, vel ad mentem disponentium interpretandas, ac debitæ executioni mandandas. Quo certè in rebus humanis nihil optabilius, ac præstabilius esse potest. Hac enim ratione efficitur, vt qui testandi vtitur facultate, sic fatis concedat, vt mortis legibus se quodammodo subtrahat, & immortalem reddat. Siquidem per testamentum rectè, ac rite conditum sibi creat hæredem, & successorem, vt aiunt, vniuersalem, in quem non tantùm sua, sed & se ipsum miro quodam modo transfert, & transformat; ita vt in eo, ac per eum, non minori post mortem vtatur authoritate, & potestate circa sua omnia, quàm si adhuc in viuis esset. Quòd quanti sit momenti nemo est qui non videat. Quod veró ad stylum attinet, etsi Theologi potiùs Scriptoris, quàm Iuristæ calamum sapiat, tamen sic omnibus, tum Theologiæ, tum Iuris studiosis attemperatus est, vt nec hi sermonis, ac terminorum sibi familiarium proprietatem; nec illi magis sibi amicam dicendi facilitatem, & perspicuitatem desiderent. Non enim amo illorum ingenium, quibus planè, ac dilucidè dicta vilescunt, & solùm confusis, ac tenebricosis inuoluta verbis, quasi eo sint profundiora & subtiliora, probantur. Quos quidem rectè dixeris similes esse noctuis, aliisque nocturnis auibus, quæ luce offenduntur, tenebris delectantur. Dispositio denique totius operis, si mea me non fallit opinio, talis est, qualem ipsa rei natura, & optimæ doctrinæ ratio exposcit. Diuiditur enim in sex principales disputationes, seu partes: quarum prima est, de Personis, quæ testandi habent, vel non habent potestatem. Secunda, de modo, & forma extrinseca, seu Solemnitate, quæ de jure adhibenda est, vt testamentum legitimè conficiatur. Tertia, de Institutione hæredis, quæ est forma intrinseca, & ipsissima substantia testamenti. Quarta, de Substitutionibus, quæ institutioni succedunt, & secundæ Institutiones dici solent. Quinta, de His, qui possunt, aut debent institui hæredes, aliàue ratione in testamento honorari.

norari. Sexta denique de Reuocatione, & infirmatione testamenti. Quæ dispositio quàm sit apta, & ipsi rei naturæ conueniens, licèt satis per se manifestum sit, ad initium tamen cujusque disputationis ampliùs demonstratur. Vbi etiam curæ fuit, ipsas singularum disputationum partes ita distribuere ac disponere, vt nihil in eis, nisi suo, & peropportuno loco traderetur; id quod tum ad faciliorem dicendorum captum, tum vt memoriæ firmiùs adhærescant, miro modo deseruit. Vtere igitur, ac fruere, optime Lector, his meis laboribus in tuam, & communem vtilitatem libenter impensis, ex quibus non alium exopto fructum, quàm quod tibi multisque alijs prosint, ad maiorem Dei laudem, & gloriam. *Vale.*

FACVLTAS PATRIS PROVINCIALIS SOCIETATIS IESV Prouinciæ Lusitanæ.

LVdouicus Aluarez Societatis IESV Prouincialis Prouinciæ Lusitanæ, authoritate mihi concessa à Reuerendo admodum P. N. Generali Ioanne Paulo Oliua, facultatem concedo, vt imprimi possit tractatus *de Testamentis*, compositus à P. D. Francisco Pinheiro ejusdem Societatis. In cujus fidem præsentes literas dedi manu propria subscriptas, & sigillo mei muneris munitas. Vlyssipone 2. Iulij anno Domini 1676.

Ludouicus Aluarez.

MAndatis Illustrissimorum DD.Inquisitorum supremi Senatus sanctæ Inquisitionis hujus Regni Lusitaniæ obtemperans, vidi,& attentè perlegi tractatum *de Testamentis*,compositum à P.D. Francisco Pinheiro sacræ Religionis Societatis Iesvs Alumno, & in alma Eborensi Academia primario Theologiæ Magistro, & Cancellario ; nihilque fidei, aut bonis moribus dissonum inueni; imò opus doctum, Catholicum, ac omnibus numeris absolutum deprehendi. Quapropter luce, & prælo dignum judico. In nostro Conuentu Vlyssiponensi D. Antonij, die 1. Octobris 1676.

Fr. Emmanuel à D. Athanasio.

DE mandato supremi Concilij sanctæ Inquisitionis perlegi, & reuidi tractatum *de Testamentis*,elaboratum à P.Francisco Pinheiro,Doctore Theologo Societatis Iesv; nihilque in eo inueni à fide orthodoxa, vel bonis moribus deuium; imò potiùs, vt materiâ proficuum, stylo gratum,resolutionibus fæcundum, sententijs firmum, prælo & luce dignum judico. Vlyssipone, in Conuentu S. Dominici, die 6. Maij 1677.

Fr. Benedictus à S. Thoma.

Licença da Meza Geral do S. Officio.

VIstas as informaçoẽs,podese imprimir este liuro,cujo titulo, *Tractatus de Testamentis*, Author o P. Doutor Francisco Pinheiro, & impresso tornatà pera se conferir, & se dar licença pera correr, & sem ella não correrà. Lisboa 22. de Iunho de 677.

Manoel Pimentel de Sousa. *Manoel de Moura Manoel.*
Fr. Valerio de S. Raymundo.

Licença do Ordinario.

POdese imprimir, vistas as licenças do S. Officio. Coimbra 2. de Iulho de 1677.

D. Fr. Aluaro Bispo Conde.

E Ste tratado *de Testamentis*, que em dous tomos compoz o P. Francisco Pinheiro da Companhia de Iesvs, esteue em meu poder muito tempo, por me pedir que os visse o P. Procurador que então era, & não somente não tiue nelles que censurar, sendo que os vi com toda a attenção; mas antes lhe roguei muito, que com toda a breuidade os fizesse dar à estampa, por quanto o Author trata com grande clareza, & erudição a materia principal do Tratado, & incidentemente outras muitas, & em todas mostra hauer tido grande noticia das nossas Leis do Reyno, & practica dos Iuizos, & Tribunaes delle. O mesmo se tem exprimentado no outro liuro, que compoz de *Censu, & Emphyteusi*, o qual tem hoje grande authoridade, & he certo que este a terà muito mayor, por ser sobre materia mais alta, & assi entendo que serà de muita vtilidade ao Reyno darse pera se imprimir a licença que se pede. V. A. mandarà o que mais houuer por seu real seruiço. Deos guarde a Catholica pessoa de V. A. Lisboa 28. de Março de 1680.

Manoel Lopes de Oliueira.

Licença da Mesa do Paço.

Q Ve se possa imprimir vistas as licenças, & depois de impresso tornarà à Mesa, pera se taxar, & conferir; & sem isso não correrà. Lisboa 2. de Abril de 1680.

Roxas. Basto. Rego. Lamprea.

V Isto estar conforme com seu original pòde correr este liuro. Coimbra 27. de Setembro de 681.

D. Fr. Aluaro Bispo Conde.

T Aixão este liuro em reis em papel. Lisboa 30. de Outubro de 1681.

Marquez P. Roxas. Basto. Rego. Lamprea.

CONSTAT HIC TRACTATVS SEX PRINCIPALIBUS DISPUTATIONIBUS, SEV PARTIBVS.

I. DE ijs qui teſtamentum facere poſſunt, aut non poſſunt.

II. De modo,& ſolemnitatibus in conficiendo teſtamento neceſſariò adhibendis; vbi ad finẽm plenè agitur de Codicillis, & clauſula Codicillari.

III. De Inſtitutione hæredis.

IV. De Subſtitutionibus.

V. De ijs qui poſſunt aut debent inſtitui hæredes,aliâue ratione honorari in teſtamento.

VI. De Reuocatione, & infirmatione teſtamenti.

Addita tandem eſt Appendix quædam de Executione teſtamenti vnicâ diſput. conſtans.

TABVLA
OMNIUM TITVLORVM, qui in hoc Tractatu continentur.

¶ 5. Vtrum

De

DISPVTATIO IV.

De Substitutionibus.

Sect. 8.

DISPVTATIO V.

De ijs, qui possunt, aut debent institui hæredes, aliâve ratione honorari in Testamento.

DIS-

7. Vtrum

INDEX

INDEX
RERUM, QVÆ IN HOC TRACTATU de Testamentis continentur.

Litera d. *denotat disputationem;* f. *sectionem;* n. *numerum marginalem.*

Alimenta.

Amens.

Amicus.

nè implere. *d.* 5. *f.* 1. *n.* 44. Vtrū nihilominus possit ea bona sponte sua dare spurio, si velit? *n.* 45. & *seq q.* At tā ipse permittens, quā testator ita spurio relinquēs grauiter peccat. *n.* 48

Anniuersaria.

V. *Distributiones quotidianæ.*

Arrogatio, Arrogatus, Arrogator.

Bona eorū, qui se dant in Arrogationē transeūt in potestatem Arrogatoris simul cū persona ipsius Arrogati. Et quomodo id se habeat? *d.* 2. *f.* 10. *n.* 492. Etiam bonorū proprietas, quā Arrogatus retinet, reseruatur Arrogatori, & in eum transire debet, si eo viuente Arrogatus decedat. *n.* 493.

Arrogatus potest substituere pupillariter Arrogato impuberi, quo ad bona, quæ ad illum peruenerunt ex ipso Arrogatore, vel ejus contemplatione. Et quomodo id fit intelligendum? *d.* 4. *f.* 2. *n.* 519.

Arrogatio, & adoptio pressè in multis differūt, & quæ sint earū differentiæ? *d.* 5. *f.* 3. *n.* 429. & *multis seqq.*

Etiam impubes arrogari potest, si modo septimum ætatis annum excedat: multæ solemnitates ad talem Arrogationem requiruntur, & quæ illæ sint? *d.* 5. *f.* 3. *n.* 433.

Per Arrogationem, acquiruntur hodie Arrogatori bona Arrogati, quoad vsumfructū: bona verò adoptati nullo modo acquirūtur adoptanti; nisi is sit illius ascendens? *d.* 5. *f.* 3. *n.* 454.

Arrogatus, & ejus liberi, si quos in potestate habeat, transeunt in potestatem arrogantis: secùs vero in adoptato, nisi adoptans sit ejus ascendēs. Et quando id procedat? *ibid. n.* 435.

Vt Arrogatio per emancipationem dissoluatur, requiritur justa causa, eaq; prius cognita, & approbata per judicem. Adoptio autem solâ libera voluntate adoptantis dissolui potest. *d.* 5. *f.* 3. *n.* 436. Quæ differentia late discutitur, & explicatur. *n.* 437. & *seqq.*

Quæ personæ possint, aut non possint arrogare *d* 5. *f.* 3. *n.* 445. & *seq.*

Qui nā possint arrogari, vel adoptari? *ibid. n.* 446

Arrogati sunt necessariò instituēdi in testamēto Arrogatoris. *d.* 5. *f.* 3 *n.* 447. & *seq.*

Arrogatum impuberem, non oportere institui hæredem in testamento Arrogatoris, sed solū ei deberi, vt creditori, quartam bonorū ipsius Arrogatoris, sentiūt multi DD; & quibus fūdamentis? *d.* 5. *f.* 3. *n.* 449. & *seqq.* Contraria tamen sententia magis probatur *n.* 452.

Vltra quartā bonorū Arrogatoris ex Cōstitutione D. Pij Arrogatis impuberibus debitam, cōpetit eis legitima ex bonis Arrogatoris, & in ea sunt necessariò instituēdi hæredes, vel exhæredandi ab Arrogatore. *d.* 5. *f.* 3 *n.* 454.

Si Arrogator in suo testamento Arrogatū prætereat, testamentum est nullū, & si absq; justa causa exhæredetur, competit ei querela de inofficioso si sit pubes. Et quid, si sit impubes *d.* 5. *f.* 3. *n.* 456. & *seq.*

Vtrum quarta, quæ Arrogatis relinqui jubetur per jura antiqua, sit hodie aucta ad trientem per ius nouum, in *Auth. de Trien. & semis? d.* 5. *f.* 3. *n.* 458. & *seqq.*

Vtrū dicta quarta bonorū Arrogatoris integrè relinquenda sit Arrogato, etiam si Arrogator habeat plures filios naturales sibi successibiles, quibus multò minor portio obtinget diuisā inter eos reliquā patris substantiā? *ibid. n.* 461. & *seqq.*

Per emancipationem legitimè factam desinūt omnino Arrogati esse filij respectu Arrogatoris, ita vt non teneatur eos instituere, nèc aliquid eis relinquere. *d.* 5 *f.* 3. *n.* 464.

Filius emācipatus, qui se in Arrogationē dedit, si habeat bona, in quibus testari possit, nō tenetur in suo testamento instituere patrē naturalem, & idē est in adoptato, qui in potestatem adoptantis transiuit. *d* 5. *f.* 3. *n* 475.

Arrogati, & adoptati, qui transeūt in potestatē adoptantis, si habeant bona, in quibus possint testari, & in eis durāte Arrogatione, vel adoptione, testentur, tenentur patrem adoptiuū instituere: secùs vero, qui in potestatē adoptantis non transeunt. *d* 5. *f.* 3. *n.* 492. & *seqq.*

Ascendentes.

Ascendentes non succedunt in bonis liberorū, si hi descendentes successibiles habeant. *d.* 5. *f* 3. *n.* 466.

Si descendens fiat Religiosus in monasterio succedendi capaci, an tale monasteriū habeatur loco filij, à quo Ascendentes à successione talis Religiosi excludantur? *ibid.*

Nō satis est, quod testator relinquat legitimam suis Ascendentibus titulo legati, vel alio particulari, sed necesse est, vt in illa, vel in aliqua ejus parte illos instituat; ad hoc, vt testamentum valeat. *d.* 5. *f.* 3. *n.* 471.

Legitima Ascēdentibus debita ex bonis descendentiū, quæ olim erat quarta pars bonorū, est hodie aucta ad trientē, & semissem. De jure autem Lusitano, sūt duæ tertiæ bonorum. *d.* 5. *f.* 3. *n.* 468.

Ascribens sibi in testam. alieno.

Testamētū aliena manu scriptū nō valet, quoad id, quod scriptor sibi, aut in suum cōmodū ascripsit, ipseq; scriptor incurrit pœnā falsi ex dispositione Liboniani. *d.* 2. *f.* 4. *num.* 55.

Quod pater in alieno testamēto ascripsit filiofamil. non valet, nisi esset relictū ea lege, vt patri non acquiratur vsusfructus *n.* 56. Nō valet etiā, quod quis per suum seruum, vel filium in potestatem sibi ascribit, etiam ipso

 testa-

Bona

ex

Codi-

B

Cum

Conjuges.

Conſanguinei.

Conſenſus.

D

Damnatus ad mortem naturalem, vel ciuilem.

V. etiā, *Capitis diminutio. Deportatus. Seruus pænæ*

giolam donatoris. Et quomodo id intelligatur *d.6.f.3.n.62.*

Dos.

Legatum Dotis censetur pium, si relinquatur pauperi. *d.2.f.9.n.* 309. Et quid sufficiat, vt puella,cui relinquitur,censeatur pauper.*n.*310

Si Dos pauperi relicta excedat summam, quæ illi necessaria est ad nubendum, juxta ejus conditionem,tale relictum nō est piū,quoad illū excessum. Et quid si testator ignorabat illius conditionem, & gradum indigentiæ? *ibid.n.*311.

Liberi grauati fideicōmisso à testatore, possunt ex causa Dotis, vel donationis propter nuptias sibi cōstituendæ;alienare bona ipsius fideicommissi.*d* 4.*f*.8. *n.* 1249.Idq̃ nō tam ex præsumpta patris voluntate, quā ex dispositione juris *n.* 1250.& *seq.* Præfata resolutio multipliciter ampliatur. 1252.& *seqq.* Multipliciter etiam limitatur.*n.*1267.& *seqq.*

Si pater prohibeat bona fideicommissi alienari per filiū vel filiam,etiam ex causa Dotis, an talis prohibitio teneat?*d.*4 *f.*8 *n.* 1252.

Quanuis jus solū exprimat licere filiæ,vel filio, se dotare ex bonis fideicōmissi,talis dispositio extenditur etiā ad neptē testatoris. *d* 4.*f.*8.*n.* 1264. Extenditur etiam, vt pater grauatus possit illa bona alienare ad dotandā filiam,& alios suos descendētes. Quod variè subextēditur.*n.* 1265.& *seqq.* Non potest autē pater grauatus alienare bona fideicōmissi pro filiabus dotandis,si fideicōmittens erat persona prorsus extranea,nisi fideicommissum esset de bonis, quæ tempore mortis grauati supererant. *n.* 1281.

Quādo mulier se ipsā dotauit ex bonis fideicōmissi quo fuerat grauata, & mortuo marito bona illa reperiūtur penes ipsam mulierem, nec extant aliqui ejus liberi, an debeant talia bona restitui fideicōmissario?*d.*4.*f.*8.*n.*1273. & *seqq.*

Vtrū mater,vel alius ascendens, possit ex causa Dotis sibi cōstituendæ alienare bona fideicōmissi cōstituti à descendente?*d.*4.*f.*8.*n.*1282.

Vtrum ex causa Dotis alienari etiam possint bona fideicommissi constituti à transuersali, respectu grauati?*d.*4.*f* 8.*n.*1283. & *seqq.*

Non videtur improbabile, quod etiam puella extranea hæres instituta, & prohibita alienare,possit se dotare ex bonis fideicommissi, si aliàs nequeat decenter nubere. *d.* 4.*f.*8. *n.* 1287.

Quando filius testatoris est obligatus restituere Dotem vxoris,& non habet bona libera ad id sufficientia, potest alienare de bonis fideicōmissi paterni,quo est grauatus, quantū ad eam restitutionē faciendam, vel cōplendam opus fuerit.*d.*4.*f.*8.*n.* 1288. & *seq.* Ampliatur multipliciter hæc resolutio.*n.* 1290. & *seqq.* vsq̃ ad *n.*1301.Multipliciter etiam limitatur. *n.*1302.& *seqq* vsque ad *n.*1306.

Si vxor instituta sit hæres à marito cum onere fideicōmissi Vniuersalis,potest Dotem deducere.Quod variè ampliatur?*d.*4.*f.*8 *n* 1347.

Dos data,vel promissa filiæ hæredi institutæ,& fideicommisso Vniuersali grauatæ,non venit restituenda fideicōmissario, nisi nominatim de ea sit rogata. *ibid.*

E

Eligere.

VIrtute clausulæ codicillaris,*Valeat iure testamenti,vel codicillorum*,habet hęres scriptus electionē,vt possit petere ex causa testamēti,vel codicillorum. Et quid si eligat causam codicillorum?*d.*2.*f.* 10.*n.*531.

Commissarius,cui testator committeret electionem vnius ex certis potest eligere duos. Et ècōtra,cui commissum esset eligere aliquos; potest eligere vnum,si eadem sit ratio in electione vnius,quæ in electione pluriū. *d.* 3.*f.*8. *n.* 151. Si is,cui commissum est eligere vnum ex certis nullum eligat,omnes admittētur.*n.* 153.

Emphyteusis.

Vtrum Emphyteusis veniat in restitutione fideicommissi Vniuersalis?Respond.cum distinctionè.*d.*4.*f.*8.*n.*1348.& *seqq.*

Episcopus.

Episcopi possunt libere testari de bonis patrimonialibus,& quasi patrim. Et si quid de talibus bonis expenderunt in pios vsus,possunt similiter de æquali quantitate redituum episcopatûs in quosuis vsus testari.*d.* 1.*f.*6.*n.* 363.& *seq.*

Episcopi non possunt testari etiam ad pias causas de reditibus episcopatûs sine licentia Papæ. *ibid n.*365.

Vtrum Episcopus habens pensiones, vel aliud beneficiū vltra episcopatum, possit de bonis inde acquisitis testari,sicut ex consuetudine possunt Beneficiarij nō Episcopi?*ibid.n.*366.

Episcopi titulares,si habeant beneficia, possunt de eorum reditibus testari, sicut Beneficiarij non Episcopi. *ibid.*

Vtrum Episcopi non habentes facultatem testandi de acquisitis intuitu Ecclesiæ, possint quando morti, sunt vicini disponere de illis per donationem? Respond. cum multiplici distinctione.*d.* 1.*f.*6.*n.* 374.& *seq.*

Vtrum Episcopi possint donare causa mortis de acquisitis ex Beneficio?*d.* 1.*f.*6.*n.*379.

Exhæredatio.

ante

In

H

Hæres.

Hæres.

[illegible] Hæres [illegible] capere illa [illegible], neque se compen[illegible] bonis possessionis. E[illegible] tra [illegible] Hæres [illegible] manifestato, non potest [illegible] [illegible] Hæres [illegible] hæredita[illegible] tem possidens. *d.* 2. *f.* 2. *n.* 25.

Hæres [illegible] Hæredes ab intestato hæreditatem [illegible], vel oc[illegible], aliud [illegible] fraudem, non [illegible] [illegible] sed etiam [illegible] [illegible] 2. *f.* 2. *n.* [illegible] Hæres ab [illegible] [illegible] Hæres [illegible] re [illegible]

V[illegible] [illegible] legata, vel [illegible] [illegible] 2[illegible]

Hæres non [illegible] [illegible] mentitus [illegible] animum non [illegible] Non [illegible] [illegible] legata, & [illegible] voluntatem de[illegible] functi. *d.* 2. *f.* 1[illegible] *n.* 499. & *seq.*

Quando Hæres [illegible] hæreditate jam adita, [illegible] Hæres, e[illegible] *d.* 2. *f.* 10. *n.* 5 2 [illegible]

[illegible] 3. [illegible] Q[illegible] [illegible] datus [illegible] Hæres Vniuersalis. *num.* 8.

[illegible] Hæres [illegible] conditione [illegible] [illegible] m[illegible] *d.* 3. *f.* [illegible] 35.

[illegible] Hæres Institu[illegible] H[illegible] fecit, [illegible] & de[illegible] functus [illegible] *d.* 3. *f.* 8. *n.* 136.

Si Hæres [illegible] hære[illegible] ditatis, & [illegible] potest adire tot[illegible] hære[illegible] *d.* 3. [illegible] *num.* 137. Id vero [illegible] tionali datus [illegible] Vniuersalis [illegible] vel [illegible] si sit datus cohæres [illegible] ligatus? *n.* 138.

Hæres Vniuersaliter institutus [illegible] quæ non rejicitur, nullum [illegible]

hæreditate, dum conditio pendet, potest [illegible] [illegible] jure [illegible] & [illegible] [illegible] possessionem [illegible] quid [illegible] importet? *d.* 3. *f.* 8. *n.* 14[illegible]

Si [illegible] Hæres institutus [illegible] conditione, [illegible] conditio [illegible] pure institutus [illegible] totam hæreditatem [illegible] suam; & [illegible] reliquam partem per bonorum possessionem? [illegible] *n.* 147. [illegible] 9.

Quando [illegible] Hæres [illegible] institutus in re certa, [illegible] si is hæreditatem re[illegible] [illegible] excluditur, [illegible] hæreditatem. Et [illegible] succedūt in [illegible] pro partibus æqualibus, [illegible] quæ [illegible] *n.* 3[illegible] Quid, [illegible] [illegible]

Quando [illegible] H[illegible] [illegible] vel quod [illegible] tunc si institutus sit [illegible] Hæres Vniuersalis, & is desiderat, vel re[illegible] pudiet, tunc illa particularis institutio [illegible] hæreditatem. Quod in vno casu [illegible] *d.* 3. *f.* 12. *n.* 343. Si autem non sit [illegible] Hæres Vniuersalis, valde [illegible] est, & quid dicendum sit? *n.* 344.

Hæres hæres potest fideicommissi grauari. *d.* 4. *f.* 8. *n.* 1163. Non potest [illegible] plus grauari, quam ipse primus Hæres. *num.* 1164.

Hæres quando [illegible] tem [illegible] Fidei[illegible] [illegible] [illegible] quod [illegible] non [illegible] [illegible] *d.* 4. *f.* 8. *n.* 1211. Non [illegible] quæ [illegible] [illegible] Quod exempl[illegible] [illegible] *n.* 1212.

Hæres [illegible] qui coactus adit, verè effi[illegible] tur Hæres, & dominus rerum hæreditari[illegible] rum, & facit suos earum fructus, quos percipit, antequam sit in mora restitutioni, pendet ac si sponte adiisset, neque propterea [illegible] creditoribus hæreditari[illegible]

Quis [illegible] de jure [illegible] Hæres [illegible] statuere [illegible] *d.* 5. *f.* 1. [illegible] §. [illegible]

[illegible] Hæres [illegible] prodigi [illegible] & [illegible] *d.* 5. *f.* 2. *n.* 93.

Q[illegible]

L

D3

Militaris Substitutio.

Minor.

Modus.

N

tales

nec

Patri-

Pro-

Quarta

Q

R

Reciproca Substitutio.

Con-

res

Qui

beat? *d.6.f.2.n.* 19. Quibus modis considerari possit, quod testator hanc clausulam reuocare intendit? *ibid.*

Reuocatio generalis cujuscumq; testamenti antea facti reperta in posteriore testamento, non sufficit, vt intelligatur reuocatum prius Testamentum, in quo est apposita clausula derogatoria posterioris testamenti; etiam si hæc apposita esset verbis generalibus & simplicibus, sed requiritur reuocatio specialis: *d.6.f.2.n.20.*

Vt Testamentum, in quo est apposita clausula derogatoria per verba specialia certis limitibus circunscripta reuocatum censeatur per posterius Testamentum, necessarium non est vt talis clausula reuocetur indiuidualiter; sed sufficit reuocatio specialis, quæ tamen æquipolleat indiuiduali, & illá inuoluat. Et quomodo id fit intelligendum? *d.6.f.2.n.24.& seq.*

Quanuis in posteriore testamento, non reperiatur expressa reuocatio clausulæ derogatoriæ in priore testamento positæ, tamen si ex conjecturis, vel ex verbis testamenti sufficienter appareat testatorem voluisse recedere à priore testamento, censendum est reuocatum, non obstante qualibet stricta clausula derogatoria in eo apposità. *d.6.f.2.n.26.*

Si in posteriore testamento testator juret, se velle, vt illud Testamentum valeat, satis id est vt primum Testamentum tollatur, non obstante quauis clausula derogatoria in eo apposità, *d. 6. f. 2. num.* 27.

Vtrum ad tollendum prius Testamentum habens clausulam derogatoriam satis sit, quòd testator in posteriore dicat, *Se velle vt illud Testamentum valeat omni meliori modo. d.6.f.2 n.*28.

Si secundum Testamentum factum sit post decem annos, à tempore quo primum est conditum cum clausula derogatoria, tollitur primum, etiam si in secundo non sit facta specialis reuocatio illius, quod intelligitur, nisi secundum Testamentum factum fuisset ad suasionem alicujus. *d. 6. f.2. n.* 29.

Si post factum primum Testamentum cum clausula derogatoria, ortæ fuerint inimicitiæ inter testatorem & hæredem scriptum, aliavè similis causa interueniat, ex qua præsumitur testatorem à prima voluntate recessisse, censebitur reuocatum per secundum, licèt in hoc specialis illius reuocatio non exprimatur? *d.6.f.2 n.*30.

Si in primo testamento habente clausulam derogatoriam, instituti sint extranei, & liberi exclusi, tale Testamentum tollitur per secundum in quo liberi fuerint instituti, quanuis ea clausula in eo specialiter non reuocetur. *d.6.f.2.n.*31.

Prius Testamentum habens clausulam derogatoriam tollitur per secundum conditum ad pias causas, etiam si in eo nulla fiat mentio illius clausulæ. Et quid, quando in secundo instituta esset persona valde testatori dilecta? *d.6.f.2.n.*32.

Clausula derogatoria posita in priore testamẽto potest reuocari in codicillis, idque sufficit vt eà non obstante posterius Testamentum valeat. *d.6 f.2.n.*33.

Testamentum inter liberos, censetur ex priuilegio habere tacitam clausulam derogatoriam cujuscumque posterioris testamenti, in quo testator illud specialiter non reuocauerit, nisi posterius sit etiam inter liberos. Et quomodo id intelligatur. *d. 6. f.2.n.*35.

Vt Testamentum inter liberos reuocetur per posterius Testamentum conditum inter extraneos, quàm specialis reuocatio requiratur? Et quid, si in ipso primo testamento inter liberos apposita sit expressè clausula derogatoria? *d. 6. f. 2. numer.* 36.

Testamentum factum cum juramento non reuocandi illud, non intelligitur reuocatum per aliud posterius, nisi testator sufficienter declaret, *Se velle ab illo recedere, non obstante juramento.* Secus verò si testator solùm asseriuè in primo testamento juraret; *Se velle, vt illud valeret. d. 6.f.2.num.* 37.

Testamentum ad pias causas non videtur tolli per posterius Testamentum, nisi specialiter in eo reuocetur. *d.6.f.2.n.*38. Vel nisi ipsum Testamentum posterius fuerit etiam ad pias causas. *ibid.*

Si clausula derogatoria posita in priore testamento non fuerit reuocata in posteriore, ipsum autem posterius Testamentum habuerit clausulam codicillarem valet vt codicillus, & legata in eo relicta præstari debent ab hærede scripto in primo testamento. *d. 6.f.2. num.* 40. Imò, & ipsa hæreditas restituenda videtur hæredi scripto in secundo, detractà Trebellianicà. *ibid.* Hoc tamen non probatur. *num.* 41.

Quid requiratur ad reuocationem testamenti ex voluntate testatoris declarantis coram tribus testibus, vel in actis, *Se nolle illud valere? d.6.f.2.n.* 42.

G Vtrum

Transmissio.

Trebellianica.

INDEX

INDEX
EORUM, QUÆ IN APPENDICE de Executione testamenti continentur.

A.

TRACTATVS DE TESTAMENTIS.

PROŒMIUM.

QUID SIT TESTAMENTUM ET QUO jure fuerit introductum?

SUMMARIUM.

Traditur, & explicatur definitio testamenti. n. 1.

Institutio hæredis est omnino necessaria in testamento, cujus est veluti caput, & fundamentum.

potest autē fieri in quauis test. parte. n. 2

Quænam dicatur institutio directa: quæ indirecta? n. 3.

Vtrum factio testamenti sit de jure gentium, vel de jure ciuili? Esse de jure Ciuili, vna sententia affirmat, & quibus fundamentis? n. 4. & 5.

Communior sententia est, testamenta fuisse inuenta, & introducta jure gentium, recepisse autem formam, & solemnitates à jure Ciuili. n. 6. Probatur hæc sententia. n. 7. & seqq. Soluuntur fundamenta in contrarium. n. 10.

TESTAMENTUM definitur à Modestino Jurisconsulto *in l. 1. ff. de Testam. Est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vult.* Cui definitioni addit merito Accursius ibidem, *cum hæredis institutione*, scilicet, *directa.* Dicitur, *justa sententia*, ideſt, cum solemnitatibus, & cæteris in jure requisitis, vt idem sit *justa*, atque *legitima*, seu, *secundum leges.* Subditur, *de eo, quod quis post mortem, &c.* vt distinguatur à dispositionibus inter viuos. Additur, *cum hæredis institutione directa*; quia hæredis institutio, quæ simpliciter prolata semper intelligitur directa, est vltima, & maximè propria testamenti differentia per quam à cæteris vltimis voluntatibus discriminatur, ideſt, à codicillis, legato, fideicommisso, & donatione causa mortis, quibus hæres institui non potest. Id verò intellige secundum jus commune. Nã ex priuilegio, etiam in codicillis potest miles hæredem directò instituere, vt habetur. *l. Militis, ff. de Militari testamento.*

Adeo autem secundum jus commune necessaria est institutio hæredis in testamento, vt sine ea sit inane, ac prorsus nullum, *§. Ante hæredis, Instit. de Legatis, §. Inprimis, Instit. de Fideicommissarÿs hæredit. l. vlt. ff. de Hæred. instit. cum simili-* 2

milibus. Est enim institutio hæredis velu ti caput, & fundamentum totius testamenti. Vnde olim opus erat, vt in eo ante omnia hęres institueretur, & siquid institutionem præcedebat, irritum habebatur, solumque obtinebant, quæ post illam disponebantur. Hic tamen rigor jure nouiori sublatus est, *d. §. Ante hæredis,* satisque hodie est, institui hæredem in quauis parte testamenti, vt valeant omnia in eo contenta, si cætera requisita non desint.

3 Quod si quæras, quęnam dicatur institutio directa, quæue indirecta? Respondetur breuiter, directam esse, cum testator nominat aliquem ad hęreditatem, qui immediatè ab ipso testatore illam accipiat, nullo alio interueniente hærede qui eam illi restituat, vt cum testator dicit, *sit Petrus meus hæres,* vel, *facio,* aut, *instituo meum hæredem Petrum: si autem Petrus noluerit, aut non potuerit esse hæres, sit meus hæres Paulus;* vel, *facio,* aut, *instituo meum hæredem Paulum.* In quo exemplo Petrus dicitur institutus, Paulus verò substitutus, & tam institutio vnius, quàm substitutio, seu secunda institutio alterius est directa, quia quilibet eorum accipit immediatè à testatore, nullo alio interjecto, de cujus manu hæreditatem capiat. Indirecta est, cum quis ita vocatur ad hæreditatem, vt tamen eam non capiat immediatè de manu testatoris, sed de manu alterius, qui ex testatoris præcepto expresso, aut tacito, eam illi restituat. Vt cum testator, nominato aliquo hærede, adjicit, *volo, mando,* aut *rogo, vt hæres meus, cum morietur, restituat hæreditatem Paulo:* In quo exemplo non est Paulus directè institutus, aut substitutus, sed solum indirectè, & fideicommissariè. Item siquis in codicillis dicat, *Instituo hæredem Paulum,* vel, *sit Paulus meus hæres vniuersalis,* non erit talis institutio directa, sed indirecta: quia cum in codicillis non possit institui hæres, subintelligitur ex benigna juris interpretatione, quasi testator rogauerit hæredes ab intestato, vt hæreditatē Paulo restituerēt, *l. Ex facto, l. Scæuola, ff. Ad Trebel:* & sic euadit illa institutio indirecta. Nam parui refert, vtrum institutio sit directa, vel indirecta. Nam præter alios diuersos effectus, de quibus in progressu hujus materiæ dicendum est, vnus valde notabilis est, quod quando institutio est directa, capit institutus totam hæreditatem: quando autem est indirecta, seu fideicommissaria, detrahitur regulariter quarta hæreditatis pars, quam vocant Trebellianicam, eamq; sibi retinet hæres, qui grauatus est hæreditatem restituere. Quæ omnia ex jure, & Doctoribus sunt certa, & latius suis locis tradenda sunt.

Circa jus à quo testamentum, seu testandi facultas suam trahit originem, celebris controuersia est, an ducat originem à jure gentium, vel à jure ciuili? Pro ciuili jure opinatur Baldus *in l. 1. n. 3. C. de Hæred. instit.* vbi dicit, omnem vltimam voluntatem esse de jure ciuili. Menchaca *de Successionum creatione lib. 1. §. 1. n. 4. & ante nu. 1. vers. Vltima fuit opinio,* plurimos DD. pro hac parte adducit. Idem, relatis alijs repetit. *lib. 1. de Successionum progressu. §. 1. n. 125.* & eandem sententiam communiter teneri, dicit Guilielmus Benedictus, *in c. Raynutius verbo, testamentum 1. n. 2. post medium.* Pro eadem latè argumentatur Benedictus Ægidius, *in Præfatione ad l. 1. C. de Sacros. Eccle sijs à n. 2.* illamq; vt veriorem amplectitur. *n. 4.* 4

Potissima hujus sententiæ fundamenta sunt. Primum, quia jus genium describitur; *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, & apud omnes peræquè custoditur. l. Omnes populi, 9. ff. de Iust. & jure. §. Ius autem ciuile, Inst. de Iure naturali.* Multæ autem sunt gentes, apud quas testamenta non sunt in vsu: nec olim erant apud Germanos, si Tacito credimus, quanuis more politico viuerent. Ergo nō de jure gentiū, sed de jure ciuili cujusq; gētis proprio, testamenta cēsenda sūt. Secūdū, quia illa intelligūtur esse de jure gentium, quæ vsu exigente, & humanis necessitatibus, gentes humanæ sibi constituerunt, vt dicitur *§. Ius autem* 5

gen-

gentium, Inst. de Iure naturali. Testamenta autem non sunt simpliciter necessaria pro vita, & societate humana conseruanda. Tertium, quia *in l. Verbis legis. ff. de Verb. signif.* dicitur per legem 12. tabularum tributam fuisse hominibus potestatem, & hæredes instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoquè constituendi. Hoc autem nihil est aliud, quam tributam fuisse facultatem testamenta conficiendi. Quartum, quia deportati non amittunt, quæ sunt juris gentium, sed tantum, quæ sunt juris ciuilis, vt habetur *l. Quidam sunt,* quæ aliàs incipit, *Sunt quidam, ff. de Pœnis:* & tamen non possunt facere testamentum, vt dicitur *in l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Testam.* Ergo factio testamenti nō est de jure gentium, sed tantum de jure ciuili. Et ita intellexit Glos. *in d. l. Quidam sunt,* vbi ad illa verba textus, *Quæ juris ciuilis sunt, non habent,* scribit, vt testari, vt *l. 1. §. Hi, ff. de Leg. 3. Item nec eis legari, &c.*

6 Communior nihilominus opinio est, testamenta fuisse inuenta, & introducta jure gentium, solumq; recepisse formam, & solemnitates à jure ciuili. Hanc frequentiori calculo approbant juris interpretes *in Rubr. ff. de Acquirenda hæred.* Item Barth. *in l. Interdum, n. 7. ff. de Condict. indeb.* Jason, *ibid. num. 4.* dicens esse communem: & *in l. Si testamentum, C. de Testam.* Julius Clar. *§. Testamentum, q. 2.* Pincl. *in Rubr. C. de Rescindend. vendit. c. 1. n. 23.* Anton Gom. *in l. 3. Tauri, in princip. & tom. 1. Var. c. 10. sub n. 8. vers. Sed licet ista;* Couar. *lib. 3. Var. c. 6. n. 7.* Molina Jurista *lib. 1. de Primogen. c. 2 n. 5 & 6.* qui plures in eandem sententiam allegant, Mol. Theol. *tom. 1. de Iust. disp. 124. fine,* & alij permulti, quos longa serie refert Menchaca de Succelsionum creat. *lib. 1. §. 1. ante n. 1. vers. Tertia fuit opinio.* Esseq; hanc sententiam ab omnibus, ferè scribentibus receptam fatetur Benedict. Ægidius *in dict. præfat. num. 1.*

7 Probatur primò, quia ex sacra pagina constat, testamenta esse in vsu tempore Abrahami, & aliorum antiquissimorum Patrum, siquidem *Gen. 21.* legimus Saram dixisse Abrahamo, Non erit hæres filius ancillæ cum filio meo Isac. Et *cap. 25.* vendidisse Esaù primogenita sua Jacob fratri juniori, & *c. 27.* Isac reliquisse benedictionem filio suo Iacob, cujus veluti institutionis meminit Glos. *in l. Quoties, verbo, alium, ff. de Hæred. instit. & c. pen. in fine,* dixisse Iacob. tempore mortis suæ ad filium Ioseph, *Do tibi partem vnam extra fratres tuos.* Vnde apparet primis illis post diluuium temporibus consueuisse homines disponere de rebus suis in tempus post mortem, & sic testari, cum nulla adhuc testandi forma, & solemnitas cognita fuisset, quæ postea per leges cujusq; populi, pręsertim Romani, fuit inducta. Secundo, quia posita rerum diuisione, quæ jure gentium admissa fuit, vt quisque absolutum dominium aliquarum rerum acquisiuit, statim eo ipso de illis potuit disponere ad libitum, non solum in tempus vitę, sed etiam post mortem: siquidem vnusquisq; rei suę est moderator, & arbiter. *l. In re màndata C. Mandati,* & consequentèr quælibet onera, vincula, & conditiones ei potest imponere, taliquè legi eam subjicere, vt nequeat acquiri, nisi ab eis, quos ipse designauerit; quod nihil aliud est, quàm posse testari supposito solo jure gentium, ex quo dominium acquiritur. Vnde Menoch. *Consil. 492. n. 12.* scribit, repugnare, esse dominum aliquorum bonorum, & non posse ad libitum de eis disponere; cum dominij proprium sit, vt dominus valeat de re sua pro libito disponere. Quod intelligit, non solum de dispositione inter viuos, sed etiam per vltimam voluntatem, de qua citato loco agit.

Tertiò, quia *in l. Lege obuenire, 130. ff. de Verbor. signific.* ait Vlpianus, *lege 12. tabularum hæreditates cōfirmantur.* Quo 8
plane fatetur hæreditarias successiones, & testamenta antiquiora esse jure ciuili Romanorū, atq; adeo esse de jure gentiū. Nec obstat, quod indicat gl. *in l. Illa inst. 32. ff. de Hær. inst.* & videtur approbare Pinel. *in l. 2. C. de Bon. Mat. sub num. 7.*

verſ. Quo generice præmiſſo, & Bened. Ægid. *in d.præfat. n.* 3. cum alijs, quos pro priori ſententia adducit, ſcilicet neceſſariam fuiſſe confirmationem ſucceſſionis teſtamentariæ; quia de rigore diſpoſitio teſtatoris irrita videbatur, cum diſponat de bonis in tempus, quo ſua futura non ſunt, nimirum poſt mortem. Hoc, inquam, non obſtat, quia vt ex Barth. & Baldo notat Suar. *lib. 6 de Legibus c. 26. n. 16.* duplex eſt confirmatio, altera eſſentialis, quæ ſolum cadit in diſpoſitionem aliàs irritam, illique valorem, & efficaciam tribuit: altera accidentalis, quæ cadit in diſpoſitionem ſimpliciter validam, & efficacem, quæ tamen maiorem auctoritatem, & firmitatem recipere poteſt, vt quando præceptum prælati, aut judicis inferioris ſimpliciter validum cōfirmatur per ſuperiorem. In præſenti autem caſu licet teſtamenta ſufficienter eſſent valida ex ſolo jure gentium, & naturali, tamen maiorem auctoritatem, & firmitatem habere poterant ex confirmatione juris duplici, vt per ſe conſtat, & hanc confirmationem accidentalem per leges 12. tabularum, acceperunt, non vero eſſentialem. Nam admiſſo, quod jure gentium fuerint inuenta, admitti non poteſt manſiſſe inefficacia, & abſque vi inducendi obligationem, donec per leges ciuiles confirmarentur, vt conſtat ex notatis per Suar. *lib 2 de Legibus, cap.* 18. vbi oſtendit, nihil eſſe conſtitutum vel conceſſum per jus gentium, quod obligationem non inducat.

9 Quarto denique probari ſolet hæc ſententia *ex l. Neque enim*, aliàs *l. Idem, verſ. deportati, ff. de Milit. teſtam.* vbi habetur, deportatos. & ferè omnes, qui factionē teſtamenti non habent, poſſe à milite inſtitui hæredes, ſeruos autem pænæ inſtitui non poſſe. Cujus differentiæ non alia videtur eſſe ratio, niſi quia deportati, & ſimiles, ſolùm amittunt, quę ſunt juris ciuilis, ſerui autem pænæ amittunt etiam, quæ ſunt juris gentium, vt conſtat *ex d. l. Quidam ſunt ff. de Pænis.* Nam cū in teſtamento militis remiſſa ſit forma, & ſolemnitas jure ciuili inducta, conſequens eſt, vt vim habeat, etiamſi in eo inſtituatur, qui fauoribus juris ciuilis nō gaudet, ſi modo non amiſerit, quæ ſunt juris gentium Quod vtiq; non ſtat, niſi quia ſecluſa qualibet diſpoſitione juris ciuilis, valet teſtamentum ex ſolo jure gentium.

10 Hæc ſecunda ſententia nobis videtur longe verior, planiorq; fiet ex ſolutione fundamentorum, quæ pro prima adducta ſunt. Ad primum itaq; reſpondetur, nationes, apud quas teſtamenta non ſunt in vſu, eſſe omnino barbaras, quæ non tam, vt homines, quàm more ferarum viuere conſueuerunt, vt in pleriſq; noui mundi partibus. Quod autem dicitur, jus gentiū eſſe, quod apud omnes peræq; cuſtoditur, intelligitur de nationibus politicè, & humano more viuentibus: alioqui cum etiā apud multas nationes barbaras non ſint dominia diſtincta, & agrorū termini, neq; locationes, & his ſimilia, diceremus hæc non eſſe de jure gentium, contra textum expreſſū *in l. Ex hoc jure, ff de Iuſtit. & jure.* Neque refert, quod ex Tacito dicitur, Germanos olim non conſueuiſſe facere teſtamenta, cum politicè viuerent. Nam vt omittam, quod forte politicè nō viuebant, ad hoc vt aliquid cenſeatur de jure gentium, ſatis eſt, quod omnes ferè nationes more humano, & politico viuētes id receperint, vt cum Sancto Iſidoro, Diuo Thoma, & alijs tradit Suar. *lib. 2. de Legibus cap. 19 n. 2. & 6.* Neque vna hirundo facit ver, vt ad præſens inſtitutum Viglius dicit apud Bened. Ægid. *ſupra n 2. verſ. Et cum primam.*

11 Ad ſecundum reſpondetur licet factio teſtamenti non ſit regulariter neceſſaria reſpectu ejus, qui teſtatur, attamen plerunque neceſſariam eſſe reſpectu eorum, quibus bona relinquuntur; idq; ſatis eſſe, vt cenſeantur introducta teſtamenta humanis neceſsitatibus exigentibus, & ſic de jure omnibus gentibus communi. Ad quod facit Gloſ. *in l. 1. C de Sacroſ. eccleſijs verbo, nihil*, vbi juxta textū ſic ait: *Fauemus relicto gratia ejus, cui quid relinquitur; quoniam, & teſtantis gratia fauorabile eſt relictum.* Adde ex ſupradictis in ſecunda ratione pro noſtra ſen-

ſententia, facultatem teſtandi, ſeu diſponendi de rebus proprijs poſt mortem, conſurgere naturaliter ex illarum dominio, quod ſimul cum rerum diuiſione per jus gentium fuit introductum *d.l. Ex hoc jure, ff. de Iuſt. & jure.* Quæ autem ſic, conſurgunt ex ijs, quæ jure gentium conſtituta ſunt, etiam de jure gentium cenſentur, quanuis ſecundario. Vnde ſaltem hac ratione teſtandi facultas de jure gentium cenſenda eſt, licet non fuerit immediatè inducta humanis neceſsitatibus exigentibus.

12 Ad tertium reſpondetur, *in l. Verbis legis, ff. de Verb. ſignif.* ſolum dici, per verba cujuſdam legis. 12. tabularum, in qua habebatur, quod *vt quiſque de re ſua per vltimam voluntatem diſponeret, ita jus eſſet*, videri tributam latiſsimam poteſtatem diſponendi, quæ tamen poſtea reſtricta fuerit. Vbi ſolũ per ſe definitur, facultatem diſponendi poſt mortem, non fuiſſe vllo modo reſtrictam per leges. 12. tabularum, ſed per alias leges, & interpretationes ſequentes. Vtrum autem illa facultas fuerit primo conceſſa per leges 12. tabularum? id ea lege non determinatur. Neque aliud ex his textibus colligitur, quàm quod ſucceſsiones teſtamentariæ fuerunt confirmatæ per leges. 12. tabularũ, vt dicitur *in l. Lege obuenire, ff. de Verb. ſignif.* & à nobis ſupra explicatum eſt. Adde, verè etiam ſine præjudicio noſtræ ſententiæ dici poſſe, illam amplam diſponendi facultatem, de qua eſt ſermo *in d.l. Verbis legis*, primo fuiſſe conceſſam per legem 12. tabularum, quia quoad poteſtatem conſtituendi tutelas non fuit inuentum juris gentium, vt aduerrit Gloſ. *in l. Ius ciuile, ff. de Iuſt. & jure, per Inſtit. de Tutelis, in princip.* 13

Ad quartum reſpondetur, licet teſtamenta habeant ſuum primæuum valorem de jure gentium, & naturali, tamen vbi viget jus ciuile, quod certam formam, & ſolemnitates illis præſcripſit, cenſeri ſimpliciter actus ciuiles, ac de jure ciuili: quia nullum habent valorem, niſi illis ſolemnitatibus ſint veſtita, eo quod ipſum jus voluerit, & effecerit, vt aliter facta non valerent, vt latius ſuo loco trademus, idque ſuffieit, vt in locis, vbi tale jus viget, ſimpliciter cenſeantur actus legitimi, & ciuiles, vtpotè qui ſine juris ciuilis adminiculo non valent, vt generaliter de quibuſcunque actibus certam formam, & ſolemnitatem requirentibus, ac nominatim de teſtamentis, notauit Suar. *lib. 3. de Legibus c. 33. nu. 13 per l. Legitima, ff. de Pactis.* Quare cum deportati amittunt ea, quæ ſunt juris ciuilis, benè inde colligitur, eos non habere factionem teſtamenti, licet non amittant, quæ ſunt juris gentium, ex quo teſtamenta primæuum valorem habuerunt.

His vtrinque, neceſſario tamen, præfatis pro quidditate, & natura ſubjecti totius tractationis inculcanda; jam ipſum opus ſuis diſtinctum diſputationibus moliamur.

DISPUTATIO I.

De jis, qui testamentum facere possunt, aut non possunt.

SECTIO I.

Vtrùm impubes, furiosus, siue amens, surdus, & mutus possint testari?

1 CAIUS Iurisconsultus *in l. Si quæramus. 4. ff. de Testamentis* monet, in disquisitione circa valorem testamenti, primò inuestigandum esse de persona testantis, habuerit ne factionem testamenti? deinde, de solemnitatibus ad eum actum jure ciuili requisitis, an fuerint adhibitæ? Juxta hanc, vel legem, vel admonitionem, primam hujus materiæ disputationem instituimus, de personis, quæ possunt, aut non possunt facere testamentum. Qua in re illud ante omnia pro regula statuendum est; omnes omnino homines testari posse, qui vel naturali impedimento, vel juris positiui dispositione non reperiuntur prohibiti. Edictum enim de testamentis est prohibitorium, vt scilicet, nemo intelligatur prohibitus testari, nisi aliquo jure expressè prohibeatur *l. Ab ea parte. ff. de Probat. l. Quæramus. ff. de Testament. §. fin. Inst. Quibus non est permiss. fac. test.* Vnde tota ferme disputatio versabitur circa eos, de quibus constat, aut dubium est, sint ne ob aliquod ex dictis capitibus prohibiti, ne testari possint; siquidem vbi de prohibitis constiterit, statim ex aduerso apparebunt, qui prohibiti non sunt, seu, qui factionem actiuam habent testamenti.

§. 1. *De impubere.*

SVMMARIVM.

Impuberes testari non possunt: neque hic defectus potest suppleri per tutorem. num. 2.

In masculis requiritur. 14. ætatis annus expletus, & in fæminis. 12. ad hoc vt testari possint: dies tamen vltimus inceptus pro completo habetur. num. 3.

Impuberes non fiunt testabiles, licet maturum judicium adepti sint, ibidem.

Testamentum factum ab impubere non valet, licet ille fiat, & decedat pubes. n. 4. item licèt sit miles, vel testatus sit ad pias causas, ibidem.

Princeps dispensare potest, vt impubes possit testari, postquàm sufficientem vsum rationis adeptus fuerit, eodem num. 4.

IN primis ergo quærimus, an possint testari impuberes? idest masculi ante 14. ætatis annum, & fæminæ ante 12. Respondetur negatiuè, per *l. Qua ætate. ff. de Testament. §. Præterea, Inst. Quibus non est permissum facere testamentum, l. Si frater, C. Qui testamēta facere possūt, & Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 81. in princip.* Licet enim spectato solo naturali jure posset impubes valide testari, vbi ad vsū rationis peruenisset: attamen summa ratione inhabilis ad talem actum redditus est jure positiuo; quia tales pueri carent regulariter perfecto rationis judicio ad disponendum de suis bonis. Neque hic defectus per tutorem suppleri permittitur, vt bene aduertit glos. *in d. l. Si frater, verbo, non potuit,* quia vltima voluntas non debet pendere ex alieno arbitrio. 2

Oportet ergo, vt 14. annus in masculis, & 12. in fæminis sit expletus ad hoc, 3
vt testari possint; dies tamen vltimus incep-

cæptus pro completo habetur, vt exprimitur *in d. l. Qua ætate*: neque vbi quis ad hanc ætatem peruenerit, inhabilis ad testandum censebitur eo quod forte non dum maturum judicium assequutus sit, *d. l. Si frater, C. Qui testamēta facere possunt*. Quemadmodum etiam è contrario minimè ad testandum admittitur, qui ante illam ætatem puberum prudentiam adeptus est, licet ad multos alios actus malitia suppleat ętatem, vt cū Bald. & alijs notauit Ant. Gom. *in l. 3. Tauri n. 2 ad finem*, & bene probat Mol. *disp. 136. num. 7.* Quia licet tempus pubertatis constitutum sit ad testandum, eo quod ante illud non soleant homines habere maturum judicium; id tamen non habet vim ex sola præsumptione, sed ex dispositione juris positiui, quod meritò id vniuersim statuit ad tollendas lites: Idque adeo verum dicit P. Vazq. *de testam. c. 9. §. 1. num. 29.* vt neque in foro conscientiæ valeat testamentum impuberis, quamuis sit proximus pubertati, & malitia superet ætatem, quod etiam cum Alberico tradit Ægid. *in l. 1. C. de Sacrosf. Ecclesijs. 1. p. §. 1. num. 5. fin.* quatenus dicit, neque naturalem obligationem oriri ex testamento pupilli.

4 Ampliatur præterea tradita resolutio. Primò, vt non valeat testamentum impuberis, licet is efficiatur, & decedat pubes, vt expresse habetur. *d. §. Præterea, Inst. Quibus non est permissum facere testamentum.* Secundò, vt neque si miles sit, possit restari impubes. *l. vlt. C. de Testament.* Tertiò, vt etiam ad pias causas impuberis testamentum non valeat, vt cum Barthol. Bald. & communi tradit Anton. Gom. *in d. l. 3. Tauri, n. 2. fin.* & Mol. *d. disp. 136. fine*, qui bene id colligit *ex cap. Licet, de Sepulturis, in 6.* & reddit rationem; quia etiam Ecclesia exigit tempus pubertatis, vt quis maturum judicium ad testandū habere censeatur, idemq; relatis alijs, contra Bonacin. tradit Antonin. Diana *tom. 7. tract. 6. resolut. 6.* Quartò; vt neque ex priuilegio, & concessione Principis impubes testari possit juxta Bald. *in l. vnica C. de Confessis. n. 85. per d. text. in d. l. finali. C. de Testam. militis.* Meritò autem id limitant Anton. Gom. *supra n. 3.* Vazq. *supra*, Ægid. *d. §. 1. n. 6.* & alij, vt non procedat de impubere, qui jam habet sufficientem vsum rationis ad contractus celebrandos, vt qui pubertati est proximus. Nam quod is testari non possit, solum prouenit ex jure humano, in quo Princeps dispensare potest. Vtrū verò ipse Rex pubertati proximus, ac doli capax, testari possit? Vide apud Ægid. supra *n. 7.*

§. 2. *De furioso, seu amente.*

SVMMARIVM.

Mens non potest testari, nec ejus testamentum valet, licet posteà compos mentis decesserit. n. 5. Neque etiam valet cæptum tempore amētiæ, & consūmatum tempore sanæ mētis, vel è contra. Si tamen sit ad pias causas valet quoad dispositum sanâ mente, ibidem.

Siue ex morbo, siue ex ebrietate, siue quapiam alia de causa quis careat vsu liberi arbitrij, non valet testamentum, quod tunc temporis fecerit. n. 6.

In dubio, an testamentum fuerit factum sana mente, vel in amentia? quid præsumendum? n. 7. & seqq. vsq; ad n. 11.

Magis creditur testibus deponentibus de sana mente, quam de insania. n. 7.

Testamentum factum ab habente lucida interualla, præsumitur in dubio factū tempore amentiæ; nisi sit tam benè ordinatum, sicut si ab homine sanæ mentis factum esset. n. 9. & 10. Quid censendum de testamento benè ordinato, quod ab homine continuo furore laborante conditum est? eodem n. 10.

Ex quibus indicijs probari possit insania, & quomodò testes de illa debeant deponere? n. 12. & 13. Insania probatur, etiam per testes singulares. n. 12.

Moribundus testari potest, licet sit in articulo mortis, nec jam loquatur expeditè, sed balbutiendo: oportet autem, vt articulatis verbis, aut scriptó, suam

voluntatem declarare possit. n. 14.
Vtrùm moribundus præsumatur in dubio sanæ mentis? n. 15. *& seq.*
Quid censendum de moribundo, qui jam non potest verba contexere, sed solùm ad interrogata respondet, sic, vel non? n. 17. *&* 18. *Quid, si sit interrogatus per personam suspectam, vt per eum quem hæredem instituit, vel per aliam personam ab ipso hærede adhibitam? n.* 19. *&* 20.

5 QVærimus secundò, vtrum furiosus, seu amens testari possit? Respondetur negatiuè, nisi habeat lucida interualla; in illis enim testari non prohibetur, sic habetur *in l. Furios ū, C. Qui testamenta facere possunt, &* §. 1. *Inst. Quibus non est permissum fac. test.* vbi additur, testamentum factum tempore furoris non valere, etsi testator postea compos mentis decesserit. Et quidem regulariter verum est, testamentum quod initio non valet ex defectu testantis non confirmari impedimento cessante, *per l. Si filius famil. ff. de Testam.* Nec vt testamentum valeat satis est, quod consummetur tempore sanæ mentis; nisi enim cæptum, & consummatum sit mentis insania cessante, nihil valet. *d. l. Furiosum, Cod. Qui testamenta facere possunt.* Si tamen quis sana mente cæperit testari ad pias causas, valebit ea dispositio, licet testamentū absoluat in amentia, nec quidpiam valeat, quod tunc addiderit; quia ejusmodi imperfectio non tollit, quominus illud testamentum valeat quoad prius in fauorem piæ causæ sanâ mente dispositum, juxta communiorem sententiā.

6 Ratio autem, cur testamentum, & quælibet dispositio ab amente facta non valeat, est manifesta, quia quod fit absq; deliberatione liberi arbitrij (quo amens non vtitur) non est actus humanus, & moralis, sed naturalis, &, vt ita dicam, brutalis; quod proinde vim testamenti, quod est quidam actus moralis, habere non potest. Vnde quod diximus de furioso, & amente, vniuersaliter procedit in quocumq; non vtente libero arbitrio, siue ex morbo, siue ex vino, aut alia quapiam ratione id proueniat; semper enim in eo, qui testatur, ejus temporis, quo testamentum facit, integritas mentis exigenda est. *l. 2. ff. de Testam.*

Cum autem sæpe contingat dubitari, num testamentum fuerit factum sana mēte, vel potius in amentia, non leuis difficultas est, quid in tali dubio censendum sit? Hac igitur in re dicendum est. Primò, quando non constat, eum, qui testatus est, fuisse antea amentem, præsumendū, testatum fuisse sana mente. Ita cum alijs Sanch. *lib. 1. de matr. disp.* 8. *n.* 17. *per l. 2. C. Qui testamenta facere possunt, & l. Nec codicillos, C. de Codicillis.* Ratio est, quia in dubio semper præsumitur adesse qualitas, quæ natura inest: talis autem est sanitas mentis, & deliberatio voluntatis in operando. Vnde infert benè cum alijs Valasc. *consult.* 145. *n.* 13. & Mantica *lib. 2. de conject. vltim. volunt. tit.* 5. *n.* 6. vbi fuerit ęqualis probatio, maiorem fidem adhibendam esse testibus deponentibus de sana mente, quam de insania, imò etiam paucioribus testibus de sana mente magis credendum esse; quia pro illis stat juris præsumptio, vt etiam cum alijs tradit Reynosus. *obseruat.* 32 *n.* 14. 7

Dicendum secundò. Quando constat, testamentum esse factum postquam testator in amentiam incidit, nec constat, eum consueuisse habere lucida interualla præsumitur factum esse in amentia, si probatum sit furorem continue durasse per tempus notabile, vt per annum, aut mensem. Gam. *decis.* 100, Couarr. *in lib. 4. Decretalium p. 2. cap. 2. n* 6. Mantica *d. tit.* 5 *n.* 7. Menoch. *lib. 6. de Præsumptionibus, præsumpt.* 45. *n.* 59. Reynos. *d. obseruat.* 32. *n.* 17. Sanch. *supra,* & multi alij, quos referunt. Probatur, quia hic morbus est suapte natura perpetuus: & ita præsumitur durasse quouis tempore, & in quouis actu, quem sana mente factum esse non constat. 8

Dicendum tertiò. Quando amens habebat lucida interualla, & testatus est postquam in amentiam incidit, dubitatur autem, an disposuerit tempore lucidi in- 9

interualli, præsumitur dispofuisse in amentia. Sic Ord. *Lusit.lib.4.tit.81.§.2. fine.* Couar.*d.cap.2.n.* 8.Mol.Jurista. *lib. 2.de Primogenijs,cap 9.n.*30.Mol.Theol. *disp.*136.*n.*3. *fine*, Reynosus *supra n.*19. Sanch. *d. n.* 17. & multi alij, quos refert Henriq.*lib* 11.*de Matr,cap.*4.*n.*3. Ratio est ferè eadē, quia cum hic morbus suapte natura sit perpetuus, & lucida interualla sint quasi per accidens, & ualde incerta, præsumitur in dubio pro morbo, quod durauerit toto tempore, in quo nō cōstat amentiam cessasse.*l.Si verò.§.Qui pro rei qualitate,ff. Qui satisdare cogantur.*

10 Nota verò hoc procedere, nisi is, qui habebat lucida interualla, tam benè dispofuisset,& ordinasset testamentum,sicut homo sanæ mentis effecerer: tunc enim præsumendum est fecisse testamentum tempore sanæ mentis. Sic Ord. Lusit. *d. §.*2. Couar. vterque Molina, & Sanch. locis citatis, Mantica *d.n.7. vers. quarto, & vltimo*, cum alijs, quos referunt: quibus consonat Anton. Gom. *in l.3. Taur. n.* 8. estque communis sententia. Secus dicendum de eo, qui continuo furore absque interuallo, seu intermissione laborabit: is enim licet optimè ordinauerit testamentum, non propterea compos in tali actu præsumetur, nec testamentum valebit, vt deciditur loco citato Ord. Lusit. *§.* 1. & tradit bene cum alijs Reynosus *supra n.*21. quia sæpe furiosi, & amentes ordinatè, & tanquam sapientes loquuntur. In contrarium stat cum multis alijs Mantica.*d.vers.quarto, & vltim.* & quidem satis probabiliter. Vnde in hoc etiam regno crediderim id posse sustineri, si testamentum sit ad pias causas, quod contrariæ dispositioni Ordinationis regiæ non subditur.

11 Illud etiam notandum, cum dicitur testamentum furiosi, qui habebat lucida interualla, præsumi in dubio factum in amentia, id intelligi, licet constet fuisse factum paulo post furorem: fecus autem, si fuit factum multò post. Ita Anton. Gom. *supra*, Mantica *de Conject.vlt.vol. lib.5.tit.vlt.fine*, Sanch.*d.n.*17.*fine*. Menoch.& alij, quos refert. Quæ distinctio etiam habet locum in eo, qui diù continuo furore laborauit. Nam hic etiam paulò post furorem præsumitur in dubio amens: non ita verò post magnum interuallum, vt tradunt Couar.*d.n* 6. Mantica *lib.2.de Cōject.vlt.vol.tit.5 sub.n.7.vers. Sed tamen ista*, & multi alij, quos referūt.

Difficultas præterea est, qua ratione, & ex quibus indicijs probari possit insania? Cum enim sit internus quidam animi morbus, qui sensu non percipitur, solùm per externa signa, & conjecturas cognosci potest, estque illius probatio admodum difficilis, cum sit contra præsūptionem juris fundatam in ipsa natura, secundum quam omnis homo sanam habet mentem. Vt igitur insania probetur, non satis est, quod testes deponant de furore, nisi reddiderint probabilem rationem sui dicti, & sententiæ, etiam non interrogati, vt tradunt Baldus, Alex. Jason. Castrens.*in d.l.Furiosum,Cod Qui testament.facer.poss.* Valasc. *d.consult.*145.*fine*, & alij quàmplures apud Mantic. *d. tit.5.n.*16. & Boer.*decis.*23.*n.*41. Nam cum insania non pateat ad sensum, sed solum ex indicijs, & signis externis præsumatur, non potest probari directè per testes, sed solum indirectè deponendo de signis, & rationibus, ex quibus hominem insanum judicarunt. Unde non placet, quod ex Aret. tradit Mantica *d. num 16. vers. Sed tamen*, videlicet, quanuis testis fuerit de causa suæ scientiæ interrogatus, sufficere quod respondeat, *scio quia vidi cum fureret*, tametsi nullum exprimat actum, ex quo furor præsumatur. Sufficiunt autem in hac materia testes singulares deponentes de actibus singularibus includentibus, & tendentibus ad insaniam, vt cum Decio Boer. Menoch. & alijs tradit Reynosus *d.obseruat.*32.*n.*15.

Actus vero, & signa, ex quibus quis præsumitur, & probatur insanus, sūt penè infinita; præcipua sūt, si verba profert inordinate, si lapides in quoslibet obuios sine causa projicit, si à parētibus, & vicinis pro mētecapto habetur, & vt talis tractatur; si nōhabet memoriā ordinatā, ac præcipue 13

pue si suum nomen ignorat, & his similia, pro quibus videri potest Mantica *d. tit. 5. à n.* 10. vbi omnia prædicta examinat, Reynosus *d. obseruat. 32. à num.* 4. & Valasc. *d. Consult.* 145. *n.* 18. Qui tamen *n.* 20. cum Baldo, & alijs aduertit, non sufficere ad probationem insaniæ, quod testes deponant, hominem tempore actvs, de quo est controuersia, se egisse more furiosorum, seu, vt faciunt insani, quia multi fingunt furorem in tempore, vt olim Dauid.

14 Præcipua verò, & frequentior dubitatio in hac materia est circa testamenta confecta à moribundis, de quibus sæpissimè dubitatur, an cum sufficienti deliberatione, & sic validè testati sint? In primis ergo hac in re statuendum, moribundum, testari posse, licet sit in articulo mortis, & jam non loquatur expeditè, sed balbutiendo ob linguæ impedimentum. Ita cum alijs Mantica, *d. lib. 2. de Con. vltim. vol tit. 6. n.* 1. dicens id videri magis receptum *per l. Quoniam indignum, C. de Testam.* ibi, *Quæ fortè seminecis, & balbutiens lingua profudit.* Idē relatis multis tradit Anton. Gom. *in l. 3. Tauri n.* 110 estq; communis sententia. Oportet autem, vt articulatis verbis, aut scripto voluntatem suam declarare possit, itaut probe intelligatur. Sic Baldus Salicetus, & multi alij apud Mantic. *supra n. 2. per text. in l. Iubemus, C. de Testament.* ibi, *Si enim talis est testator, qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur.*

15 An verò moribundus in articulo mortis constitutus præsumatur in dubio sanæ mentis? Negat Paul. Castr. *consil.* 155. *n. 2. vol.* 1. *per l. Hac consultissima, vers. At cum humana C. Qui testamenta facere possunt,* ibi- *Cum humana fragilitas mortis præcipuè cogitatione perturbata minus memoria possit res plures consequi.* Sequitur Socinus junior varijs in locis apud Mantic. *supra n.* 3. qui etiam ab hac opinione omnino alienus non est vt videbimus.

16 Oppositum verò merito sentiunt Abbas *in cap. vlt. n. 9. de Successionibus ab intestato,* & Decius *consil.* 489. *n.* 4. *fine, &* 5. Idq; firmat Mantica *d. tit. 6. num.* 3. quanuis postea tergiuersetur, & ad quasdam distinctiones confugiat. Probatur primo *ex d. cap. vlt. de Successionibus ab intestato,* vbi cum ageretur de annullando quodam testamento, ex eo quod diceretur conditum esse à laborante in extremis, qui tanquam phreneticus alienatus erat à mente, decreuit Pontifex, vt nisi id probaretur ab auctore, tale testamentum sustineretur. Quod vtique secus esset, si de jure præsumeretur, laborantem in extremis sui compotem non esse; siquidem stante præsumptione pro actore, onus probandi contrarium spectat ad reum, vt est notissimum. Secundo *ex l. Seya. §. vltimo, in fine, ff. de Mortis causa donationibus,* ibi, *Moriētem donare; & ex §. Exhæredatos, Auth. de Hæredibus, & Falcidia,* ibi, *A morientibus, & l. Quoniam, in princip. C. de Naturalibus liberis,* ibi, *Desideria morientium,* in quibus textibus absolutè admittitur morientes, idest, constitutos in articulo mortis, posse de suis bonis disponere. Quod minimè admitteretur, si illi à jure præsumerētur sana mente non esse. Tertiò deniq; quia sanitas mentis est qualitas conueniens naturalitèr, quæ ordinariè per corporis infirmitatem, & ægritudinem non amittitur: ergo quantumuis quis ex corporis ægritudine sit in extremis, non debet censeri eam amisisse, nisi probetur. Neq; in contrarium facit textus *in d. l. Hac cōsultissima,* quia licet dicat, humanā fragilitatem mortis cogitatione turbari, & propterea minus posse memoriâ plures res consequi, attamen circa dubium supponit, & vult, vt nihilominus testari possit. Vnde hic textus nostram potius sententiam probat.

17 Adhuc verò dubitatur, an cum sufficienti deliberatione, & voluntario testari censeatur, qui laborans in extremis jam non potest verba contexere, sed solum ad interrogata respondet, *sic* vel *non:* videlicet interrogatus, an velit facere testamentum? Respondet, *sic*, & rursus, an velit,

velit, vt Petrus, verbi gratia, sit ejus hæres? Dicit, *sic*. Et an sibi placeat relinquere talia, & talia legata? Respondet similiter, *sic*. In hoc casu volunt Soccinus senior *consil.* 68. *n.* 5. *volumin.* 3. Soccinus junior *consil.* 144. *n.* 49. *vol.* 2. Paul. Castr. & alij, quos citat, & sequitur Mantic. *d. tit.* 6. *n.* 5. & 8. tale testamentum censeri debere factum absq; sufficienti voluntario, atque adeo inutiliter, si testator statim decesserit nec ex circunstantijs appareret, eum verè, & deliberatè animum testandi habuisse. Quia tunc, inquit Mantica, censetur non fuisse sui compotem, vt etiam credit Soccinus senior, aut saltem, non habuisse voluntatem testandi, sed cùm esset morbo afflictus, potius ita respondisse ad suggestionem interrogantis, vt se à molestia liberaret, quàm quod vellet de suis rebus disponere, vt Castr. & alij tradunt. Confirmat eandem sententiam Mantica; quia qui solum potest respondere, *sic*, non censetur loqui dearticulatè: & ita mortuo similis est, falsitasque in ejus testamento committitur, vt per *d. l. Iubemus C. de Testam.* atque inutile est tale testamentum.

18 Contrariam nihilominus sententiam tenent Dec. *consil.* 489. *n.* 5. & Soccinus junior sibi contrarius *consil.* 178. *volum.* 2. quam etiam videtur tenere Glos. *in d. l. Iubemus, verbo, quemadmodum*, quatenus dictum modum testandi approbat, licet non distinguendo inter testatorem morti vicinum, aut benè valentem; atq; eam glossam communiter receptam esse, dicunt omnes, ibi, & multi alij apud Azeued. *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *nouæ recopilat. n.* 157. & Castillo *Quotidian. controuers. lib.* 4. 1. *p. c.* 27. *n.* 54. qui quidem etiam de moribundo illam intelligunt. Et hæc sententia mihi videtur verior, pro qua etiam stat Gama affirmans ita fuisse judicatum *Decis.* 46. *n.* 5. & 6. Quia in primis talis testator, licet solum respondeat ad interrogata, *sic*, vel *non*, loquitur dearticulatè, seu, quod idem est, more humano, & intelligibili, vt probat text. *in l. Defensor*, §. 1. *ff. de Interrogatorijs actionib.* vnde ex hoc capite non potest censeri vitiatum, & inutile. Deinde quod testator, in extremis laboret, & sit pene mortuus, seu, vt jus loquitur, seminecis, id non tollit, quominus præsumatur sanæ mentis, itaut legitimè testari possit, vt constat *ex d. l. Quoniam indignum, C. de testam.* Nec denique ex eo, quod solum testetur, respondendo ad interrogata præsumi debet id facere coactus suggestione ad euitandum potius molestiam, quàm animo disponendi, vt aduersarij, volunt; quia simplex interrogatio, an velit hoc, aut illud? si non interueniant preces importunæ, aut minæ, vel quid simile, non inducit coactionem, vt per se constat. Nullum autem aliud apparet caput, ex quo, per se loquendo, illud testamentum vitietur: ergo censendum est legitimum, & cum sufficienti deliberatione, ac voluntate factum.

Limitanda tamen videtur hæc sententia, vt non procedat, quando moribundus interrogatus est à persona suspecta, vt si interrogatus fuit à notario adhibito per eum, quem hæredem instituit; quod tunc magna oriatur suspicio fraudis, & importunæ suggestionis, vt potius ad molestiam subleuandam sic respondisse videatur. Ita relatis multis Couar. *in cap. Cum tibi, n.* 4. *de Testam.* & Mantica *d. tit.* 6. *n.* 9. Videturque esse communis sententia, vt ijdem Doctores referunt, pro qua etiam plures refert Boer. *Decis.* 35. *n.* 5. Vnde similiter judicandum videtur de testamento, quod moribundo ignorante scriptum fuit, & postea coram eo, & testibus lectum, non aliter ab illo fuit approbatum, nisi per aduerbium *sic*, interrogante scilicet aliquo, an sibi talis dispositio placeret? Illoque respondente *sic*, vt tradunt Soccinus junior *consil.* 183. *n.* 32. & 33. *volum.* 2. dicens, hanc esse magis communem sententiam, Ruinus *consil.* 8. *n.* 15. *volum.* 3. Thomas Doctius *in l.* 1. §. *Siquis ita, ff. de Verborum obligationibus*, & alij, quos citat, & sequitur Mantica *supra n.* 10. qui hanc etiam opinionem magis communem dicit. Addit autem intelligendum esse nisi ex alijs verbis, & conjecturis cõstet ægrotũ tunc té- 19

poris

poris habuisse sanam mentem, ac liberam testandi voluntatem, & quando is, à quo interrogatur, fuit ab ipso ægroto adhibitus, aliauè liberi consensus edidit signa, quod alij etiam Doctores notant.

20 Nihilominus etiam in casu, quo moribundus fuit interrogatus per hæredem, vel aliam personam ad illius instantiam, valere, ac minimè suspectum reddi testamentum, mihi videtur satis probabile, si ex alijs circunstantijs, & indicijs non appareat interuenisse dolum, aut importunam suggestionem, vel testatorem sanæ mentis non esse. Ita sensit. Decius *d. consil.* 489 & Boer. *d decis.* 35. *n.* 5. cum alijs, quos refert, per text. *in l. finali, Cod. Si quis aliquem testari prohibuerit, & in l. finali, ff. eodem,* quatenus ibi habetur, non vitiari testamentum ex eo, quod quis blandis verbis testatorem induxerit, vt se hæredem institueret, vbi licèt sermo sit de viro, & vxore, eadem tamen est ratio de cæteris. Quare siquis moribundū per se, aut per alium blande interroget, an ei placeat, se relinquere hæredem? Et ille respondeat, *quod sic,* nihil obstat interuenire sic aliquam inductionem, quominus testamentum valeat, cum ejusmodi inductio sine dolo, & importunitate facta voluntarium testatoris non minuat, imo augeat, neq; ægrotus ex eo, quod morti sit vicinus, incapax sit testandi, aut mente alienatus esse præsumatur, vt ex dictis constat: fateor tamen rem hanc esse valde scrupulosam, & egere magna, circunspectione, vt talia testamenta sine vitio euadant, quod rarò quidem contingit, vt Boer. loco citato notauit.

§. 3. *De Surdo, & Muto.*

SVMMARIVM.

Ex surdis, & mutis, ij tantùm, qui tales sunt à natiuitate, vel qui aliàs voluntatem suam verbis, aut scriptis exprimere non possunt, hodiè arcentur à testamentis faciendis, n. 21.

Quousque admittantur ad testandum, qui ex aliquo accidenti vsu audiendi, & loquendi carent, vel qui altero tantùm horum sensuum vtuntur? n. 22.

Miles surdus, & mutus potest facere testamentum: & vtrum id procedat, licet à natiuitate eũ defectum habeat? numer. 23.

Vtrum testamentum surdi, & muti ad pias causas valeat? n. 24.

Qværimus tertiò vtrùm surdus, & mutus possit facere testamentum? 21

Respondetur, olim quidem nemini, qui vtroque hoc vitio, vel altero tantùm laboraret, permissum esse testamentum facere, nisi licentiam à Principe impetrasset, & constat *ex l. Qui in potestate, §. finali, cum l. sequente ff. Vnde cognati:* tot enim, & tales ad testandum jure antiquo postulabantur solemnitates, vt qui audire, & audiri non valeret, eas adhibere non posset; & sic testandi incapax haberetur: qua de re latè Bened. Ægid. *in l.* 1. *de Sacrosf. Eccles.* 1. *p.* §. 3 *a num.* 1. Postea verò superstitiosis illis antiquorum solemnitatibus sublatis, rem hanc sic temperauit Justinianus Imperator, vt soli surdi, & muti à natiuitate, vel qui aliàs voluntatem suam verbis, aut scriptis exprimere non possunt, à faciendis testamentis arceantur, vt habetur *in l. Discretis C. Qui testamenta facere possunt, & §. Item surdus, Inst. Quibus non est permissum facere testament.* Quod etiam jure Lusitano decernitur *lib.* 4. *Ord. tit.* 81. §. 5.

Itaquè qui non à natura, sed ex accidenti vsum audiendi, & loquendi non habet, testari potest, si scribere sciat, & propria manu suam voluntatem scripserit. Qui vero difficulter audiunt, & loquuntur, licet id habeant à natiuitate, nulla ratione prohibentur, facere testamenta: idemque est de ijs, quibus aurium vsus, non vero linguæ à natura denegatus est, quod rarò contingit; nam vt Justinianus *in d. l. Discretis* ex testimonio sapientum affirmat, nullus facultate audiendi sic destitutus est, vt non exaudiat, si quis supra illius cerebrum loquatur. E contra verò siquis mutus omnino fuerit, 22

autes

aures autem habeat apertas,& vocem recipientes, is testari nequit nisi sciat scribere,& propria manu testamentum scribat. Hęc omnia habentur in præcitatis juribus, præsertim *in d.l. Discretis*. In *Ordinat.* autem *Lusit.d.§.5.* additur si is, qui ob infirmitatem surdus, & mutus effectus est, scribere nesciat, posse aliena manu testamentum facere, impetratâ prius ad id licentia regis.

23 Limitatur vero tradita doctrina in militibus per *l. Iure militari,ff.de Testamēto militis, & §. Quinimò, Inst. de Militari testam.* Vbi absolutè habetur, mutum, & surdum militem posse facere testamentum. Dubitant verò Doctores, an hoc priuilegium intelligatur etiamsi miles sit mutus, & surdus à natiuitate? Affirmant plerique: melius tamen alij,quos citat, & sequitur Ægid. *supra n.6.* & Anton. Diana *tom.7.tract. 6. resol.* 48. illud intelligunt de solo milite surdo, & muto ex accidente, qui scribere nescit. Siquidem surdus, & mutus à natiuitate parum differt à bestijs, cum circa ea,ad quæ ipso naturæ ductu,& propensione non fertur, nihil fere intelligat; qui defectus, cum sit naturalis, per leges suppleri non potest. Adde vix cogitari posse surdum, & mutum à natiuitate fuisse vnquam militiæ adscriptum, esseve aptum ad scribendū: leges autem solum de ijs,quæ euenire solent intelligi debent.

24 Limitatur etiam communiter eadem doctrina quoad testamenta ad pias causas; vt scilicet etiam surdus, & mutus ad pias causas testari posit vt aduertit Mol. *disp.*136. *n.6.* & Ægid. *d.§.3.n.7.* Sed hoc etiam (juxta eundem Ægidium) intelligendum est de surdo, & muto ex accidente, cum is, qui à natiuitate talis est, careat vsu intellectus ad testandum necessario. Potest autem, qui ex accidente est mutus, & surdus, nutu, & quouis alio signo, modo sit indubitabile, testari ad pias causas; & si miles sit, etiam ad profana; quia in ejusmodi testamentis sola rei veritas inspicitur, vt suo loco ostendemus.

(:)

SECTIO II.

De ijs,qui ob aliquem moralem,vel ciuilem defectum sunt intestabiles, vel in dubium vocantur,an testari possint?

SVperiori sectione diximus de ijs,quibus ob naturales defectus testari non permittitur: nunc dicendum de ijs, qui propter defectum moralem, vel ciuilem intestabiles effecti sunt, aut non ita certo testari possunt, quin in dubium reuocentur.Hi sunt seruus,seu mancipium, captiuus, seu ab hostibus detentus,prodigus, vsurarius manifestus, excommunicatus, hæreticus, damnatus ob libellum, famosum, infamis, & damnatus ad mortem naturalem, vel ciuilem.

§. 1. *De seruo, & captiuo.*

SVMMARIVM.

SEruus non potest testari, & cur? numer.25.

Seruus quoad actus ciuiles habetur pro mortuo, & pro nihilo. Item nihil habet suum, etiam de peculio, ibidem.

Miles, qui ab hostibus in seruitutem est redactus, non potest facere testamentū, eodem num.25.

Etiam homo verè liber testari non potest, si de suo statu certus non est. Hoc tamē fallit in milite, & quoad testamentū ad pias causas, eodem n.25.

Si seruus habeat dominium aliquarum rerum, quod non repugnat, poterit de illis testari,saltem ad pias causas,n.26.

Sarraceni,& Turcæ pugnantes cū Christianis injustum bellum gerunt, n.27.

Captus bello justo ab infidelibus testari non potest. Et idem est, de ijs, qui pro talibus captiuis, vel pro rebus cum illis hostibus componendis obsides dati sunt, nisi Princeps eis concedat, vt testari possint,n.28. Siquis autem testamentum fecisset antequā ab hostibus in seruitutem redigeretur, valebit tale testamentum, licet in captiuitate moriatur, ibidem.

poris habuisse sanam mentem, ac liberam testandi voluntatem, & quando is, à quo interrogatur, fuit ab ipso ægroto adhibitus, aliaue liberi consensus edidit signa, quod alij etiam Doctores notant.

20 Nihilominus etiam in casu, quo moribundus fuit interrogatus per hæredem, vel aliam personam ad illius instantiam, valere, ac minimè suspectum reddi testamentum, mihi videtur satis probabile, si ex alijs circunstantijs, & indicijs non appareat interuenisse dolum, aut importunam suggestionem, vel testatorem sanæ mentis non esse. Ita sensit. Decius *d. consil.* 489 & Boer. *d decis.* 35. *n.* 5. cum alijs, quos refert, per text. *in l. finali, Cod. Si quis aliquem testari prohibuerit, & in l. finali, ff. eodem,* quatenus ibi habetur, non vitiari testamentum ex eo, quod quis blandis verbis testatorem induxerit, vt se hæredem institueret, vbi licèt sermo sit de viro, & vxore, eadem tamen est ratio de cæteris. Quare siquis moribundū per se, aut per alium blande interroget, an ei placeat, se relinquere hæredem? Et ille respondeat, *quod sic*, nihil obstat interuenire sic aliquam inductionem, quominus testamentum valeat, cum ejusmodi inductio sine dolo, & importunitate facta voluntarium testatoris non minuat, imo augeat; neq; ægrotus ex eo, quod morti sit vicinus, incapax sit testandi, aut mente alienatus esse præsumatur, vt ex dictis constat: fateor tamen rem hanc esse valde scrupulosam, & egere magna, circunspectione, vt talia testamenta sine vitio euadant, quod rarò quidem contingit, vt Boer. loco citato notauit.

§. 3. *De Surdo, & Muto.*

SVMMARIVM.

Ex surdis, & mutis, ij tantùm, qui tales sunt à natiuitate, vel qui aliàs voluntatem suam verbis, aut scriptis exprimere non possunt, hodiè arcentur à testamentis faciendis, n. 21.

Quousque admittantur ad testandum, qui ex aliquo accidenti vsu audiendi, & loquendi carent, vel qui altero tantùm horum sensuum vtuntur? n. 22.

Miles surdus, & mutus potest facere testamentum: & vtrum id procedat, licet à natiuitate eũ defectum habeat? numer. 23.

Vtrum testamentum surdi, & muti ad pias causas valeat? n. 24.

Quærimus tertiò vtrùm surdus, & mutus possit facere testamentum? 21 Respondetur, olim quidem nemini, qui vtroque hoc vitio, vel altero tantùm laboraret, permissum esse testamentum facere, nisi licentiam à Principe impetrasset, & constat *ex l. Qui in potestate, §. finali, cum l. sequente ff. Vnde cognati:* tot enim, & tales ad testandum jure antiquo postulabantur solemnitates, vt qui audire, & audiri non valeret, eas adhibere non posset; & sic testandi incapax haberetur: qua de re latè Bened. Ægid. *in l.* 1. *de Sacros. Eccles.* 1. *p.* §. 3 *a num.* 1. Postea verò superstitiosis illis antiquorum solemnitatibus sublatis, rem hanc sic temperauit Justinianus Imperator, vt soli surdi, & muti à natiuitate, vel qui aliàs voluntatem suam verbis, aut scriptis exprimere non possunt, à faciendis testamentis arceantur, vt habetur *in l. Discretis C. Qui testamenta facere possunt, & §. Item surdus, Inst. Quibus non est permissum facere testament.* Quod etiam jure Lusitano decernitur *lib.* 4. *Ord. tit.* 81. *§.* 5.

Itaquè qui non à natura, sed ex accidenti vsum audiendi, & loquendi non habet, testari potest, si scribere sciat, & propria manu suam voluntatem scripserit. Qui vero difficulter audiunt, & loquuntur, licet id habeant à natiuitate, nulla ratione prohibentur, facere testamenta: idemque est de ijs, quibus aurium vsus, non vero linguæ à natura denegatus est, quod rarò contingit; nam vt Justinianus *in d. l. Discretis* ex testimonio sapientum affirmat, nullus facultate audiendi sic destitutus est, vt non exaudiat, siquis supra illius cerebrum loquatur. E contra verò siquis mutus omninò fuerit, 22

aures

aures autem habeat apertas,& vocem recipientes, is testari nequit nisi sciat scribere,& propria manu testamentum scribat. Hęc omnia habentur in præcitatis juribus, præsertim *in d.l. Discretis*. In *Ordinat.* autem *Lusit.d.§.5.* additur si is, qui ob infirmitatem surdus, & mutus effectus est, scribere nesciat, posse aliena manu testamentum facere, impetratâ prius ad id licentia regis.

23 Limitatur vero tradita doctrina in militibus per *l. Iure militari,ff. de Testamēto militis, & §. Quinimò, Inst. de Militari testam.* Vbi absolutè habetur, mutum, & surdum militem posse facere testamentum. Dubitant verò Doctores, an hoc priuilegium intelligatur etiamsi miles sit mutus, & surdus à natiuitate? Affirmant plerique: melius tamen alij,quos citat, & sequitur Ægid. *supra n.6.* & Anton. Diana *tom.7.tract. 6. resol.* 48. illud intelligunt de solo milite surdo, & muto ex accidente, qui scribere nescit. Siquidem surdus, & mutus à natiuitate parum differt à bestijs, eum circa ea,ad quæ ipso naturæ ductu,& propensione non fertur, nihil fere intelligat; qui defectus, cum sit naturalis, per leges suppleri non potest. Adde vix cogitari posse surdum, & mutum à natiuitate fuisse vnquam militiæ adscriptum, esseve aptum ad scribendū: leges autem solum de ijs,quæ euenire solent intelligi debent.

24 Limitatur etiam communiter eadem doctrina quoad testamenta ad pias causas; vt scilicet etiam surdus, & mutus ad pias causas testari possit vt aduertit Mol. *disp.136. n. 6.* & Ægid. *d. §. 3.n.7.* Sed hoc etiam (juxta eundem Ægidium) intelligendum est de surdo, & muto ex accidente, cum is, qui à natiuitate talis est, careat vsu intellectus ad testandum necessario. Potest autem, qui ex accidente est mutus, & surdus, nutu, & quouis alio signo, modo sit indubitabile, testari ad pias causas; & si miles sit, etiam ad profana; quia in ejusmodi testamentis sola rei veritas inspicitur, vt suo loco ostendemus.

(:)

SECTIO II.

De ijs,qui ob aliquem moralem,vel ciuilem defectum sunt intestabiles, vel in dubium vocantur,an testari possint?

SVperiori sectione diximus de ijs,quibus ob naturales defectus testari non permittitur: nunc dicendum de ijs, qui propter defectum moralem, vel ciuilem intestabiles effecti sunt, aut non ita certo testari possunt, quin in dubium reuocentur. Hi sunt seruus,seu mancipium, captiuus, seu ab hostibus detentus,prodigus, vsurarius manifestus, excommunicatus, hæreticus, damnatus ob libellum, famosum, infamis, & damnatus ad mortem naturalem, vel ciuilem.

§. 1. *De seruo, & captiuo.*

SVMMARIVM.

Seruus non potest testari, & cur? numer.25.

Seruus quoad actus ciuiles habetur pro mortuo, & pro nihilo. Item nihil habet suum, etiam de peculio, ibidem.

Miles, qui ab hostibus in seruitutem est redactus, non potest facere testamentū, eodem num.25.

Etiam homo verè liber testari non potest, si de suo statu certus non est. Hoc tamē fallit in milite, & quoad testamentū ad pias causas, eodem n.25.

Si seruus habeat dominium aliquarum rerum, quod non repugnat, poterit de illis testari,saltem ad pias causas,n.26.

Sarraceni,& Turcæ pugnantes cū Christianis injustum bellum gerunt, n.27.

Captus bello justo ab infidelibus testari non potest. Et idem est, de ijs, qui pro talibus captiuis, vel pro rebus cum illis hostibus componendis obsides dati sunt, nisi Princeps eis concedat, vt testari possint,n.28. Siquis autem testamentum fecisset antequā ab hostibus in seruitutem redigeretur, valebit tale testamentum, licet in captiuitate moriatur, ibidem.

B Cap-

Captus in bello Christianorum adversus alios Christianos non prohibetur testari, neq; fit servus capientium, licet bellũ ex parte capientium fuerit justũ, n.29.

Captus in bello Christianorum gaudet omnibus privilegijs, quæ per leges postliminio reversis concessa sunt, licet jura postliminij locum propriè non habeant in ejusmodi captivis, ibidem.

Vtrum capti à Sarracenis, vel alijs infidelibus injustum bellum gerentibus, efficiantur servi capientium, & consequenter intestabiles? n. 30. & seq.

Qui propriè dicantur hostes, quiue latrones, & prædones? eod. n.30.

25 SEruum testari non posse adeò constans, & exploratum semper fuit, vt cum sæpe in jure ciuili id exprimatur, magis tamen videatur supponi, quam denuò constitui, vt *in l. Qui in testamento l. Filiusfamil.* & multis alijs, *ff. de Testament*. Idem habetur, *Ordinat. Lusit. lib.4. tit.81. §.4.* Ratio est primò, quia seruus quoad actus ciuiles (idest, qui juris ciuilis auctoritatem requirunt, qualia sunt testaměta) habetur pro mortuo, seu pro nibilo, vt dicitur in regula 33. *ff. de Regul. juris*, ibi, *Quod attinet ad jus ciuile serui pro nullis habentur*. Secundo, quia seruus nihil habet *§. Item vobis, Inst. Per quas personas nobis acquiritur*, ibi, *Nihil suum habere potest*. Quod adeò verum est, vt ipsa etiam seruorum peculia, in bonis dominorum, non ipsorum seruorum computentur. *Inst. Quibus nõ est permissum facere testament. in princip.* vbi, seruorum peculia *in bonis dominorum numerantur*. Vnde neque etiam miles, qui ab hostibus in seruitutem redactus est, testamentum facere potest, vt habetur. *l. Facere, ff. de Testamento milit*. Imò neque ille qui verè liber est, si ignorat, aut dubitat de suo statu, vt manumissus testamento, qui ignorat dominum decessisse, aditamq; esse hæreditatem, *d. l. Qui in testamento, & sequent. ff. de Testament*. Hoc tamen fallit in milite per *l. Ex militari, ff. de Testament. milit.* ibi, *Si miles incertus, an sui juris sit, testamẽtum fecerit, in ea conditione est testamentum ejus, vt valeat*. Quo argumento idem dicendum est de testamento pagani, seu non militis, facto ad pias causas; vt scilicet valeat, quamuis testator certus non esset de sua libertate, vt cum Barth. & Panormit. tradit Mol. *disp.137. n.2.* & relatis alijs, Diana *tom.7. tract.6. res.11.*

Illud etiam addiderim, si seruus habeat dominium aliquarum rerum, vt quando aliqua bona ei fuissent donata, vel relicta sub expressa, vel tacita conditione, vt non acquirerentur domino, neque ad illum deuenirent, vel si ipse dominus res aliquas ei dedisset, volendo, vt plenum earum dominium, atque vsum haberet, posse talem seruum de ijs rebus testari ad pias causas; quia quoad tales res habetur tanquam liber, neque à jure ciuili impediri potest, quominus in bonum animæ suæ vti possit suis bonis disponendo de ijs per vltimam voluntatem, sicut posset per donationem, & alios contractus inter viuos. Nam potestas ciuilis non extenditur ad ea, quæ ad animæ salutem, & finem supernaturalem spectant. Qua ratione communis omnium est sententia, valere testamenta ad pias causas, etiamsi careat solemnitatibus, & conditionibus jure ciuili præscriptis. Imo satis probabiliter docet Cardinalis Lugo. *tom. 1. de just. disp. 3. sect. 3. n. 69.* posse seruum in casu proposito sibi hæredem, aut quasi hæredem constituere etiam ex causa non pia: quin etiam idem dicendum putat, *sub n.70.* quando seruus ex licentia domini reuocabili poterat aliqua bona retinere, & alienare, vt scilicet etiam per vltimam voluntatem possit tunc seruus de illis disponere, nec à domino post ejus mortem legatarius impediri valeat. 26

Pro captiuo distinguendum est inter eum, qui captus est ab hostibus bellum justum gerentibus, & eum, qui à non gerentibus bellum justum, vt à Sarracenis, & Turcis aduersus Christianos pugnantibus, quorum bellum tam ex parte illorum injustum est, quàm justum ex nostra, cum occupent terras quibus injuste Christianos spoliauerunt, nec in suis regnis 27

pa-

patiantur prædicari Euangeliũ, & Christianos, cæterasque nationes præscripto sui impij prophetę persequantur, nisi illius sectam amplecti velint: quamobrem communes hostes habentur. Præterea agendo de eo, qui bello justo captus est, vel possumus loqui de capto à Christianis pugnantibus contra alios Christianos; vel de capto ab infidelibus non Christianis, vt à Sinis, vel Japponibus bellum gerentibus aduersus alios infideles, vel etiã aduersus Christianos.

28 His animaduersis, cum aliquis bello justo est captus ab infidelibus non Christianis, certum est, eum testari non posse, quia fit seruus, seu mancipium capientiũ, & sic procedunt in eo, quæ supra de seruis dicta sunt. Et idem est de ijs, qui pro talibus captiuis, vel pro rebus cum illis hostibus componendis, obsides fuerunt dati, nisi Princeps eis concedat, vt testari possint, vt constat *ex l. Obsides, ff. de Testam. juncta Gloss.* ibi. Licet Panormit. *in rubr. de Testam. n.* 7. id solum intelligat de obsidibus, qui habentur loco captiuorum; quod tales reputentur captiui, dum promissum non impletur. Siquis autem testamentum fecisset, antequam ab hostibus in seruitutem redigeretur, valebit tale testamentum, tam jure postliminij, si liber in patriam reuertatur, quàm etiam per *l. Corneliam*, licet in captiuitate decedat, vt expressè habetur *§. vlt. Inst. Quibus nõ est permissũ facere testam. & l. Lege Cornelia, ff. de Testam.*

29 Captus vero in bello Christianorum aduersus Christianos, quantumuis bellum sit justum, testari non prohibetur, quia longa consuetudine vim legis habente receptum est, vt Christiani ab alijs Christianis bello etiam justissimo capti non efficiantur serui capientium, sed liberi maneant, vt relatis multis tradunt Couar. *in reg. Peccatum 2. p. §. 11. n. 6.* Valasc. *consult.* 30. *n.* 3. & Molin. *tom.* 1. *disp.* 117. & sic non redduntur intestabiles. Quod intelligo etiam de Christianis captis in bello justo aduersus infideles, inter quos militabant, vt si Hispani bellum gererent aduersus Iappones, & in eo aliquos Christianos caperent. Benè autem aduertit Valasc. *supra n.* 11. licet Christianus captus in bello Christianorum verè non habeat jura postliminij, quæ propriè solis captiuis, qui fiunt serui capientium concessa sunt, attamen gaudere omnibus priuilegijs, quæ leges postliminij reuersis tribuerunt; & in ijs, in quibus propter talem captiuitatem læsus reperietur, habiturum restitutionem ex clausula generali, *Si qua mihi justa causa, ex tit. ff. Quibus ex causis maiores.*

Si autem loquamur de captis per Sarracenos, vel alios infideles injustum bellum gerentibus, variant Doctores. Sunt 30
enim qui sentiunt, ejusmodi captiuos effici seruos capientium: sic docent nonnulli juris interpretes, inter quos Simon. de Præt. *de Interp. vlt. vol. lib. 3. interp. 1. dubit. 3. solut. 3. sub n. 4.* & ita se vidisse judicatum in aliquibus casibus per Senatores Lusitanos testatur Valasc. *d. cõsult.* 30. *n.* 7. quia olim captus ab hostibus fiebat illorum seruus, nullo habito respectu ad justitiam, vel injustitiam belli, vt constat *ex l. Hostes* 24. *ff. de Captiuis*, cum similibus. Vnde consequens est, tales captiuos intestabiles esse, juxta doctrinam supra traditam de seruo. Quod etiam expressè habetur *l. Ejus, in princ. ff. de Testam.* ibi, *Ejus, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamuis redierit.*

Procedit verò hæc sententia de captis ab ijs, qui propriè sunt hostes, nam siquis captus sit à latronibus certissimum est nõ fieri seruum, & consequenter nec intestabilem, vt expressè habetur. *l. Qui à latronibus, ff. de Testam.* Illi autem propriè dicuntur hostes, quibus publice bellum indictum est, vel qui illud indixerunt, cęteri verò appellantur latrones, seu prædones, *d. l. Hostes, ff. de Captiuis, & l. Hostes* 118. *ff. de Verbor. signif.* Si tamen hi latrones captum deferant, & tradant veris hostibus, qui eum vt captiuum detineant, perinde de eo judicandum, ac si in bello ab ipsis hostibus captus esset, vt tanquam verius tradit, & latè probat Simon de Pręt. *vbi supra.*

31 Alij verò absolute docent, captos bello injusto non fieri seruos capientium, atque adeò nec intestabiles, etiam si sint capti ab ijs, qui propriè sunt hostes, vt à Turcis, & Sarracenis. Ita Couar. *d. n. 6.* Valasc. *d. consult.* 30. *n.* 8 *&* 9. Mol. *disp.* 137. *n.* 3. & alij, quorum sententiæ accedo. Fundamentum est, primò, quia ratio, ob quam Romanorum legibus indistinctè constitutum erat, vt res, & personæ ab hostibus captę in eorum dominiũ transirent, ea fuisse creditur, teste Couar. *supra n. 7. vers. hinc mirum*, quia licet fortasse Romani existimauerint semper ex parte sua justum bellum moueri, tamẽ simul etiam credebant eos quibus illud indicebant, vel à quibus sibi indicebatur, bona fide aduersum se pugnare, ac bellũ justum, saltem formaliter, ab illis geri, & ita vt æquo Marte vtrinque certaretur, voluisse, vt quæ ipsi ab hostibus caperẽt, & quæ hostes ab ipsis, fierent capientiũ. Hæc autẽ ratio cessat inter nos, & Sarracenos, & Turcas, qui nulla ratione cogitari possunt justum bellum mouere aduersus Christianos; & potius habendi sunt tanquam latrones, & prædones, qui juxta ipsas etiam Romanorum leges dominium rerum captarum non acquirebant, nec ab illis captus libertatem amittebat, vt vidimus. Secundo, quia licet forte juxta prædictas leges Romanorum Christiani à Sarracenis, & similibus injustum bellum gerentibus capti libertatem amissuri essent, & sic mansuri intestabiles, attamen non conuenit eas leges hac in parte seruari; cum Christianam remp. non deceat, præter ipsam captiuitatis afflictionem injuste illatam, aliam quoq; seruitutis, & ciuilis mortis Christianis irrogare; siquidem hoc non tantũ videtur alienum à jure gentium, quo solummodo capti justo bello serui capientium fieri cæperunt, sed etiam illi contrarium, imò & contrarium juri naturali, quod per se loquendo non patitur, vt quis per injustam inuasionem in aliena re dominium comparet, aut seruitutem acquirat. Et ex his patet responsio ad fundamentum contrariæ sententiæ.

§. 2. *De prodigo.*

SUMMARIUM.

Prodigus, cui bonorum administratio interdicta est, testari non potest. num. 32.

Vtrùm tanquam prodiga reddatur intestabilis vidua, cui juxta Ordin. Lusit. bona auferuntur, & traduntur Curatori, eo quod illa irrationabiliter dissiparet? num. 33.

Vtrum prodigus, cui bonis interdictum est, possit testari ad pias causas? numer. 34. & seq.

Vtrum prodigus, cui est bonis interdictũ, possit inter liberos testari? num. 36.

Certius est, prodigum (idest inordinatè bona sua dissipantem) cui bonorum administratio fuerit interdicta, testari non posse. Sic habetur *l. Is cui, ff. de Testam. §. Item prodigus, Inst. Quibus nõ est permissum facere testamẽtum*, & Ordin. Lusit. *tit.* 81. *§.* 4. *lib.* 4. Cujus decisionis ratio variè à Doctoribus traditur, vt videre est apud Ægid. *in l. 1. C. de Sacros. Eccles.* 1. *p §.* 2. *à princ.* Ea autem sine dubio est propria, & vera, quia is, qui dum viueret moderationem sibi conuenientem in donando, & vtendo suis bonis non seruabat, præsumitur, quod etiam moriens inordinate de illis disponet, cum non magis prudens erga hæredes, quam erga se, dum bonis frui poterat, censeri debeat. 32

Dubitabis autem primò, vtrum tanquàm prodiga reddatur inhabilis ad testandum mulier vidua, cui justa Ord. Lusit. *lib. 4. tit. vltim.* bona auferuntur, & alicui curatori traduntur, eo quod malitiose, aut irrationabilitèr illa dissiparet, aut alienaret? Pars affirmatiua videtur placuisse Pinel. *in l.* 4. *n.* 22. *fine, C. de Bonis maternis*, & Francisco Caldas *in l. Si curatorem, verbo, Cum non absimilis, nu.* 17. *vers. Quamobrem, & n.* 18. *fine*, quatenus censent d. Ordin loqui de vidua prodiga. Hos tamen DD. bene refellit Ægid. *d. §. 2. num. 6.* vbi euidenter ostendit, Ordinationem, eo loco agere specialitèr 33

de

de viduis bona sua dilapidantibus, licet minime de prodigalitate notarentur. Et hinc *n. 7.* concludit, viduas, de quibus dicta Ordinatio loquitur, non reddi intestabiles. Quæ sententia mihi placet.

34 Dubitabis secundo, vtrùm prodigus, cui bonis interdictum est, possit testari ad pias causas? Communis sententia negat, quam tradunt Bald. *in d. l. 1. C. de Sacros. Eccles. in 1. lectura, col. 4.* Julius Clar. *lib. 3. Sententiarum receptarum. §. Testamentum, q. 5. n. 4.* Anton. Gom. *in l. 3. Taur. n. 14. fine.* Mol. *disp. 137. n. 1.* & alij, quos citat, & sequitur Ægid. *d. §. 2. n. 17.* Probatur, quia talis prodigus censetur persona naturaliter imperfecta, ac minimè integra ad disponendum de suis bonis; cum prodigalitas sit vitium arguens magnum judicij, & intellectus defectum: vnde qui tali vitio laborat non est ex se magis aptus ad testandum ad pias causas, quam ad profanas, ac proinde cum per leges reddatur simpliciter inhabilis, ne testari possit, etiam ad testandum ad pias causas inhabilis censeri debet, quemadmodum pupillus, cui prodigus comparatur. *l. Certi condictio §. Quoniam, fine, ff. de Rebus creditis.*

35 Oppositum nihilominus magis probauit Bald. sibi contrarius *in d. l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. in 2. lectura, col. 8. n. 17.* Quam sententiam alij etiam probabilem censent, vt Ægidius *supra*, dum contrariam solum dicit veriorem. Fundamentum Baldi est; quia prodigus testando ad pias causas, rem suam vtiliter agit, & ita cessat ratio interdictionis. Melius autem fundamentum est, quia testamenta ad pias causas non subduntur legibus ciuilibus, cum spectent ad bonum animæ ipsius testatoris, quod per leges ciuiles impediri non potest. Vnde cum testamentum prodigi solum per jus ciuile irritetur, non videtur talis irritatio extendenda ad testamentum ad pias causas. Nequè est eadem ratio de pupillo, quia hic non tantum jure ciuili, sed etiam canonico inhabilis habetur ad testandum, vt vidimus Sectione præcedente. Quare hæc secunda sententia mihi etiam probatur, illamque admittunt Lessius, & Dicastillus apud Dianam *tom. 7. tract. 6. resolut. 9.*

Dubitabis tertiò, vtrùm prodigus, cui bonis interdictum est possit testari inter liberos? Respondet negatiuè Ægid. *d. §. 2. n. 18.* quem sequitur Emmanuel Barbosa in Remissionib. *ad Ordin. Reg. d. tit. 81. §. 4. n. 8.* quia non est de prodigo confidendum, quod inter liberos debitam æqualitatem, modum, aut ordinem seruet. Contrarium tamen docet Bald. *consil. 235. volum. 1.* Alex. *in Additionibus ad Barth. in l. Is cui, ff. de Testam.* Anton. Gom. vbi supra, & Cald. *in d. l. Si curatorem, d. Verbo, Cum non absimilis, n. 31. vers. Proinde.* Quæ sententia rationem habet, cum bona talis prodigi ad ejus filios essent aduentura, si intestatus decederet. Neque est inconueniens, quod fortè æqualitatem inter illos non seruabit, si quidem semper integram legitimã recipient, quæ sola illis debetur. Et si fortè aliquid relinquat extraneæ personæ, tale relictum non valet: quia quoad extraneos est simpliciter inhabilis ad testandum. 35

§. 3. *De vsurario manifesto.*

SVMMARIVM.

Vsurarius manifestus non potest valide testari, nisi, vel reddat vsuras, vel cautionem præstet de illis reddendis. n. 37.

Quinam censeatur vsurarius manifestus ad effectum incurrendi dictam inhabilitatem ad testandum, & alias pœnas? Tres hac de re principales sententiæ proponuntur. n. 38. *& seqq.*

Iudicium Auctoris inter prædictas sententias. n. 45.

Nomina verbalia desumpta ex effectu, vel exercitio actus, non verificantur ex vno tantum actu, vt fænerator, negotiator, meretrix, & similia. n. 41.

Vt quis censeatur vsurarius manifestus, non satis est, quod probetur vel constet sæpè dedisse ad vsuras, nisi etiam constet, eas recepisse. n. 45.

37 VSurarius manifestus valide testari non potest, nisi vel reddat vsuras, vel cautionem præstet de illis reddendis juxta formam. *cap. Quanquàm, de Vsuris, in 6.* vbi in fine capitis testamenta vsurariorum manifestorum alitèr facta ipso jure irritãtur: circa quod nonnullæ sunt difficultates hoc loco expediendæ.

38 Prima difficultas est, quinam censeatur vsurarius manifestus ad effectum incurrendi illam pœnam, ac cæteras *in d. cap.* impositas? Tres hac in re sunt principales sententiæ. Prima affirmat, manifestum vsurarium ad illum effectum esse omnem illum, de quo notoriè constat, fecisse aliquem actum vsurarium, siue id constet notoreitate facti, quia videlicet publicè, & multis conspicientibus id fecit, itaut nulla tergiuersatione celari possit, siue notoreitate juris, vt per sententiam, vel alio modo, quo id posteà effectũ est publicum, & notorium. Ita sentit Mol. *tom.2.de Iust.disp.*334 *n.*10.*juncta disp.*333.*n.*2. quem sequitur Salas, *tract. de vsuris sub n.* 4.*vers. Adducit Villaguta.* Probat quia *in d.cap. Quanquàm*, absolutè imponitur illa pœna vsurario, manifesto nulla facta distinctione de vno, vel pluribus actibus neque de manifesto notoreitate facti, vel juris: & vbi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. Addit verò Mol. *d. n.* 10. non sufficere ad irritãdum testamentum vsurarij, quod post ejus mortem sufficientèr probetur, eum vsuras exercuisse, eaq; de causa damnetur; quia cum testamentum confirmetur morte, & ille vsurarius testatus fuerit valide, siquidem non dum erat manifestus, notoreitas, quę post ejus mortem aduenit, valorem talis testamenti nõ tollit.

Notat prætereà idem Mol.*d.disp.*333. 39
n. 2. vt vsurarius sit manifestus notoreitate juris, non satis esse, quod ejus crimine non plenè probato aliquã pœna arbitraria condemnatus sit, neq; quod laboret infamiã. Credit autem sufficere, quod juridice interrogatus crimen sit confessus, vel legitimè per idoneos testes de illo conuictus, seu quod crimen sit plenè probatum etiamsi super eo sententia lata non sit. In quam sententiam refert Syluestr.*verbo, Vsura,*9.*q.*1.Nau.*in Manuali cap.*17.*n.*280. & Couar.*lib.* 3. *Variar. cap.*3.*n.*4.additque esse communem Doctorum. At Nauar. id non satis declarat, & Couar. expresè eo loco docet, vt quis manifestus vsurarius dicatur, non sufficere, quod testibus, & alijs probationibus legitimis fuerit conuictus, antequàm à judice sit per sententiam damnatus: & pro hac resolutione refert Hostiens. Panorm.

norm. Federicum, Dominic. & alios: cum quibus hac in parte consentit Menoch. *de Arbitrarijs, casu 235. fine.* Vnde prædicta Molinæ opinio quoad vltimam partem, communis dici non potest, sed potius singularis, quod amplius ex dicendis constabit. Aliqui etiam credunt, sufficere confessionem extrajudicialem ipsius vsurarij, vt reddatur manifestus, si coram multis facta sit, ac præsertim si corā testibus, & sacerdote, vt voluit *glossa 2. in d. cap. Quanquam, verbo, manifesti,* vt videre est apud Salas, *d. dub. 46. sub n. 4.* vbi nonnullos pro hac opinione refert: Molinæ tamen *in d. disp. 333. n. vlt.* id non placet.

40 Secunda sententia principalis tenet, vt quis censeatur vsurarius manifestus ad effectum incurrendi prædictas pœnas, requiri, quod sæpe vsuras exercuerit, & de tali exercitio notoriè constet notoreitate ipsius facti publicè perpetrati: & sic non sufficere vllam notoreitatem juris. Ita Couar. *d. cap. 3. sub n. 5. vers. At si,* vbi pro eadem sententia refert Bartholum *in l. 2. n. 3. ff. de Furtis,* quatenus asserit, vt quis censeatur vsurarius manifestus, oportere, quod publicè mensam paratam habeat ad vsuras, juxta *l. Palam ff. de Ritu nuptiarum,* & Bald. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. col. 4.* vbi asseuerat, vt quis sit vsurarius manifestus, non sufficere, quod probetur eum vsurarium esse, sed requiri probationem actuum publicè, & palā gestorum. Eandem sententiam sequuntur Jason. Felin. Abbas, & alij, quos refert Menoch. *d. casu 235. n. 4. & 5.* sequitur etiam Villaguta, quem refert Salas *d. dub. 46. sub n. 4. vers. Addit Villaguta.*

41 Priorem partem hujus sententiæ probat Couar. quia non est verosimile, Romanum Pontificem tot, & tam graues pœnas statuisse aduersus eum, qui semel ad vsuram dederit, licet id fuerit confessus publicè in judicio, vel aliàs notoriè de tali actu constiterit. Quod vlterius confirmatur primò *ex cap. 1. de Vsuris, in 6.* vbi idem Pontifex per vsurarium manifestum solum intelligit, qui publicè fænebrem pecuniam exercet: tale autem exercitium plures actus includit. Secundo, quia nomina verbalia desumpta ex effectu, vel exercitio actus non verificantur ex vno tantum actu, vt latè probat Ripa in repetitione super *cap. 1. de Iudicijs n. 96. cum sequentibus,* vbi ponit exemplum in fæneratore, & meretrice, quæ nomina sunt desumpta ab effectu actus peccaminosi; & in aleatore, & lusore, quæ denominatio desumitur ab exercitio; nomen autem, *Vsurarius,* est idem, quod fænerator, & tam ab effectu, quàm ab exercitio actus dandi ad vsuras desumitur. Idem de fæneratore docet Paris. de Puteo apud Ripam *d. n. 96.* scilicet nō verificari in vno tantùm actu: facit etiam, quod negotiator, & mercator non dicitur ex vno actu negotiandi, vt relatis plurimis tradit Tiraq. *tract. de Pœnis temperandis, casu 51. n. 161. per text. in l. 1. §. 1. & ibi* Glossam, & Bartholum *in l. Procuratoris §. Quæritur ff. de Tributoria actione.* Et quod docent quam plurimi, quos citat, & sequitur Diana *tom. 1. p. 2. tract. 3 Miscel. resolut. 65.* & Emmanuel Barbosa *in Remiss ad Ordin. reg. lib. 5. tit. 13.* asserentes pœnas impositas clerico exercenti Sodomiam non incurri ab eo, qui bis, aut ter, hoc peccatum admiserit, sed requiri vsum continuatum.

Aliam partem prædictæ sententiæ, 42 quod scilicet ad effectum incurrendi illas pœnas solùm dicatur vsurarius manifestus, qui palàm notoreitate facti ad vsuras dederit, & non sufficiat notoreitas juris, probat idem Couar. Primò ex *d. cap. 1. de Vsuris, in 6.* quatenus Pontifex, ibi solum procedit aduersus eos, qui publicè fænebrem pecuniam exercent: vnde cum statim *in d. c. Quanquàm,* proximè sequenti, dictas pœnas manifestis vsurarijs imponat, de solis etiam publicè fænerantibus intelligendus est præsertim cum in pœnis benignior interpretatio facienda sit, *reg. In pœnis, de Regul. juris in 6.* Secundo, quia licet quis fuerit confessus, aut conuictus, quod dederit ad vsuram, non potest judex justè pronunciare eum esse vsurarium manifestum, nisi simul probatum sit, cum palam dedisse ad

vsuras, nam si solùm probetur dedisse occulrè, debet sententia conformari cum ipsa probatione, nihil obstante, quod per talem probationem, vel sententiam id fiat notorium juris. Tertio, quia *in cap. Cum in diæcesi, de Vsuris*, vbi tractatur de puniendis vsurarijs pœnis statutis *in cap. Quia in omnibus*, in quo vsurarij manifesti priuantur communione altaris, & Ecclesiastica sepultura, requiritur, quod probetur, accusatos, seu delatos, esse vsurarios manifestos; quod non potest intelligi de ijs, qui solum per ipsas probationes, & judicis sententiam manifesti fiunt, sed tantùm de illis, qui per facti notoreitatem manifesti sunt. Idem ergo censendum est quoad pœnam inhabilitatis ad testandum, ac cæteras, quæ *in d. cap. Quamquam*, imponuntur.

43 Tertia sententia est, vsurarium manifestum ad effectum incurrendi pœnas latas *in d. cap. Quanquam*, esse quicumq; frequenter, ac assiduè vsuras exercet; siue id faciat publicè, populo conspiciente, siue domi, & coram paucis: itaut, manifestum, quoad dictum effectum, desumatur ex actu frequentato. Ita Menoch. *in d. casu* 235. *n.* 9. cum Salicedo, & alijs. Vbi etiam in eandem sententiam trahit Bald. loco pro præcedenti sententia allegato, & *n.* 16. pro eadem refert Bartholum, Angel. Panormit, & alios. Probari potest, quia talium actuum frequentia, licet domi fiant, semper secum affert quamdam publicitatem, & infamiam sufficientem ad reddendum vsurarium manifestum.

44 Distinguit autem Menoch. inter eum, qui est vsurarius manifestus per euidentiam facti, & eum, qui solum per frequentationem actuum, vt in priore casu ipsa facti euidentia sufficiat ad probandum vsurarium manifestum: in secundo verò casu recurrendum necessariò sit ad legitimas probationes, citato prius reo, & seruato juris ordine, sententia tandem ferenda. Quod qua ratione fieri debeat, & vnde probationes petendæ sint, latè declarat *à n.* 19. Addit autem *n.* 12. quod etiam in priori casu requiritur quædam judicis pronuntiatio, quæ non sententia, sed pœnæ potius executio appellatur: & hanc pronunciationem credit adeo esse necessariam, vt ante illam vsurarius manifestus dici non possit, vt ijs pœnis afficiatur. Quod si talis vsurarius, cujus actus facto ipso sunt notorij, aliquam excusationem habere posset, vt quod alieno nomine, non proprio, pecunias mutuo daret, in tali casu docet *a n.* 13. cum alijs procedendum esse aduersus illum seruato juris ordine; vnde tandem *n.* 31. *&* 32. concludit, ex judicis arbitrio pendere quis vsurarius manifestus dicatur, & nunquam posse dici manifestum ante sententiam, & declarationem à judice probatam.

Ex his sententijs credo, primam vix 45 esse probabilem, quatenus asserit, sufficere vnum actum vsurarium, etiam occultum, postquam per legitimam probationem, vel sententiam judicis redditus est notorius, ad constituendum vsurarium manifestum, ad effectum incurrendi pœnas manifestis vsurarijs impositas. Quod sane tum à ratione, tum à jure, & communi omnium ferè Doctorum sensu alienum est, vt ex dictis constat. Secundam verò sententiam censeo satis probabilem. Tertiam verò probabiliorem. Pro cujus maiori explicatione, aduerto, vt quis censeatur, & declaretur vsurarius manifestus, non satis esse, quod probetur, & constet sæpe dedisse ad vsuras, nisi etiam probetur eas recepisse; quia antequam illas recipiat, non est vsura realis, & perfecta, sed tantùm conuentionalis, & imperfecta, quæ non sufficit ad incurrendas pœnas simpliciter pro tali crimine impositas: vt in simili de simonia docent Nauar. *in Man. c.* 23. *n.* 205. Suar. *lib.* 4. *de Simonia c.* 56. *n.* 33. *&* *c.* 57. *n.* 51. & alij, quos refert.

Illud etiam hîc notandum, quod re- 46 tenta qualibet ex prædictis sententijs, vt quis vsurarius manifestus dicatur, non oportet, quod talis sit ex propria, & formali causa mutui, sed sufficere, quod talis sit ex virtuali, & qui aliquid vltra justum pretium accipit, eo quod vendat credi-

credito, vel qui dat infra justum, eo quod emat anticipata pecunia, & similes palliatam vsuram committentes. Sic Couar. *d.c.3. n.9. vers. Octauo*, Menoch. *d. casu 235. n. 29.* Mol. *d. disp. 333. n. 2.* & alij, quos citant.

47 Secunda difficultas est, Vtrum testamentum factum ab eo, qui non dum erat usurarius, irritum euadat, si testator postea efficiatur vsurarius manifestus? Respondetur affirmatiuè cum Couar. *supra vers. Vndecimo*, Mol. *disp. 334. n. 16. & alijs* apud Couar. quanuis nonnulli refragentur. Ratio est primò, quia alioqui facile quis eluderet sanctionem, qua tales vsurarij inhabiles redduntur ad testandum, condendo testamentum antequam publicè darent ad vsuras. Secundo, & principaliter quia cum testamentũ morte confirmetur, & tunc incipiat habere vim, opus est, vt testator non reddatur ante mortem jure inhabilis ad testandũ, ad hoc vt testamentum validè antea factum sustineatur. Qua ratione testamentum factum ab eo, qui postea morte damnatur, irritum fit, eo quod per talem cõdemnationem fiat seruus pœnæ, & vt sic inhabilis ad testandum, vt habetur *§. Alio quoque, Inst. Quibus modis testamenta infirmentur*, & Ordin. Lusit. *lib. 4. tit. 81. §. 6.* Nec obstat textus *in §. vlt. Inst. Quibus non est permissum facere testament. & in l. LegeCornelia, ff. de Testam.* vbi dicitur, si aliquis testamentum faciat, & postea ab hostibus in captiuitatem, & seruitutem redigatur, sustinendum esse tale testamentum, licet testator in captiuitate decedat. Nam hoc speciali fauore, & priuilegio illis indultum est per *d. legem Corneliam*, cum ante illam talia testamenta prorsus euanescerent.

48 Tertia difficultas est, an testamentũ factum ab vsurario manifesto antequam satisfecisset, vel cautionem dedisset pro vsuris receptis, vires assumat, & conualescat, si testator postea satisfaciat, vel cautionem præstet? Videtur negandum, tum ex regula, Quod ab initio vitiosum est, nõ potest tractu temporis conualescere, *reg. 30. ff. de Regul. juris* tum ex illa alia regula testatorum, quod testamentum initio irritum ex defectu testantis, non confirmatur impedimento cessante, vt per *l. Si filius famil. ff. de Testam. cum concordãtibus:* tum deniq; ob eam rationem, quia licet talis testator, cum testamentum nõ reuocauerit, censeatur perstitisse in eadẽ voluntate vsque ad mortem, quando jam erat habilis ad testandum, & sic tacitè confirmasse, & ratum habuisse testamentum: attamen ista tacita confirmatio non sufficit ad testamentum validãdum, quia testamenta requirunt voluntatem, & institutionem expressam. *l. Quoniam indignum, & l. Iubemus C. de Testam.* Vnde cum fideicommissa tantam solemnitatem non exigant, hoc inter illa, & testamenta est discrimen, vt fideicommissum factum in codicillis à persona inhabili, putà à filiofamil. vel seruo, confirmetur, & valeat, si talis persona, illo nõ reuocato, decedat, quando jam erat habilis, vt quia jam erat sui juris, &c. testamentum verò à simili persona factum minime confirmetur. Quod discrimen expressè habetur in *l. 1. §. Sed si filius*, vbi Glossa, & Doctores *ff. de Legatis. 3.* Quare hoc ipsum videtur dicendum in nostro casu, videlicet testamentum factum ab vsurario manifesto, & sic inhabili ad testandum, non conualescere, licet ille postea fiat habilis per satisfactionem, vel cautionem: secus verò fideicommissa in codicillis ab eo facta. Et ita Legistas communiter oppositum non esse admissuros dicit Joan. Andr. citatus *in additione ad Gloss. vlt. in d. cap. Quamquam, de Vsuris, in 6.*

His tamen non obstantibus, etiam testamentum talis vsurarij confirmari per 49
sequentem satisfactionem, vel cautionẽ, tenent Gloss. proxime citata, Dominicus, & Francus, *in d cap. Quamquam*, Ananias, Barthol. Imol. Castrens. Alex. & Bald. quos citat, & sequitur Couar. *in d. cap. 3. vers. Penultimo, §. Tenet etiam*, Mol. *d. disp. 334. n. 14.* cum Syluestr. & alijs. Probat Glossa, & Mol. quia testamentum confirmatur morte, quo tempore jam dictus vsurarius erat habilis ad testandum. Hoc tamen fundamentum est

in

insufficiens, cum valor testamenti pendeat etiam ex eo, quod testator sit habilis, quando testatur, vt ex dictis constat. Melius ergo probat Couar. quia per hoc, quod dictus vsurarius postea satisfaciat, vel sufficienter caueat, satisfit constitutioni Canonis dictam inhabilitatem imponentis. Quod fundamentum sic declaro, & confirmo; quia intentio illius Canonis fuit reddere inualidum testamentum vsurarij manifesti, si non satisfaceret, vel idoneè caueret de vsuris reddendis: Vnde quocumque tempore talem satisfactionem, vel cautionem præstet, satisfit illi Canoni, & impletur cõditio per illum requisita, vt testamentum non sit irritum; cujus conditionis effectus retrotrahitur ad tempus, quo testamentum fuit factum: & sic perinde manet firmum, ac si ab initio fuisset validum. Ex quo fundamento patet responsio ad ea, quæ pro contraria parte adducta sunt; quia illa procedũt, quando testamentum fuit ab initio simpliciter, & absolutè irritum: testamentũ autem in nostro casu non fuit absolutè irritum à principio, sed sub conditione, nisi testator satisfaceret, vel idoneè caueret.

50 Quarta difficultas, vtrùm valeat testamentum factum ab vsurario manifesto, qui jam improbam illam negotiationem dimiserat? Respondetur negatiuè cum Angel. Anania, Felino, & Socino dicente hanc esse communem sentẽtiam; quos citat, & sequitur Couar. *supra vers. Nono.* Ratio est, quia licet talis testator jam dimisisset illam negotiationem, attamen, vt supponimus, non satisfecerat, nec cauerat pro reddendis vsuris antea acceptis, quod erat necessarium ad eluendam inhabilitatem testandi antea incursam, vt ex dictis patet.

51 Quinta difficultas, vtrum testamentũ ab vsurario manifesto præstitá idoneá cautione factum valeat, quanuis ille postea secretè vsuras exerceat? Negat Couar. *supra vers. Decimo*, cum Angel Anania, Franco, Federico, & alijs, quos citat, quia præsumitur priorem pęnitentiam fuisse fictam. Oppositum tamen videtur tenere Abbas *in cap. Quia in omnibus, n.* 10 *de Vsuris*, & hoc verum esse in foro conscientiæ, merito credit Mol. *d. disp.* 334. *n.* 15. Si ille ex vero animo satisfaciendi cautionem præstiterat; quia quod postea vsuras secretè exereuerit, non reddidit testamentum irritum.

Sexta difficultas, vtrùm vsurarius manifestus, qui saltem idoneam cautionem non præstitit, non solùm sit inhabilis ad testandum, sed etiam ad codicillos faciendos? Affirmat Glossa vlt. communiter recepta *in d. cap. Quamquam, de Vsuris, in* 6. Couar. *in d. cap.* 3 *n.* 9. *vers. Quinto*, vbi plures refert, & Mol. *supra n.* 11. Ratio est, quia ea intelligitur esse mens prædicti Canonis aduersus manifestos vsurarios conditi, qui facilè deluderetur, si integrum illis maneret facere codicillos. Vnde notat idem Couar. *vers. Sexto.* & Mol. *supra*, quamlibet vltimam voluntatem causâ mortis illis esse interdictam. Quod latius tradit idem Mol. *disp.* 137. *n.* 5. licet nonnulli refragentur, quando donatio esset paruæ quantitatis. Nec obstat dictum Canonem esse pœnalem, & sic non videri extendendum, quia vt bene cũ alijs aduertit Couar. *d vers. Quinto*, etiam pœnalis constitutio extendenda est, quando alioqui redderetur inutilis, & frustratoria. 52

Septima difficultas, vtrum vsurarius manifestus saltem ad pias causas testari possit, licet idoneam cautionem non præstet? Communis sententia negat, quã relatis alijs tradunt Couar. *d. c.* 3. *in fine*, Mol. *disp.* 137. *n.* 6. *& disp.* 334. *n.* 11. & Ægid. *in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles. p.* 1. *§.* 4. *n.* 4. Limitat autem Couar. Mol. & alij, quos referunt, nisi talis vsurarius non potens cautionem præstare cum signis cautionis decesserit: tunc enim credunt debere ab hæredibus pias illius dispositiones impleri, redditis tamen prius vsuris, quas constiterit esse debitas. Quæ limitatio mihi etiam placet, eamque approbat Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 10. quia pia, & benigna, licet nonnulli apud Ægid. & Dianam *vbi supra*, eam non admittãt. 53

Vltima difficultas, vtrum per constitutio- 54

tutionem *in d. cap. Quamquam*, irritentur etiam testamenta infidelium viventium in terris Christianorum, si sint manifesti vsurarij, v.g. Judæorum qui baptizati non sunt, & publicè vsuras exercent? Quidam affirmant, alij negant, vt videre est apud Couar. *d.c.3.n.9. vers. Septimo*; Mol. *d.disp.*334.*n.*12. & August. Barbos. in Collectan. *ad d. cap. Quamquam, n.* 10. Ego vero censeo, hos infideles etiam ligari, & comprehendi dicta inhabilitate testandi, si viuant in terris subjectis temporali dominio Summi Pontificis: secus vero, si alibi viuant. Ratio est, quia non baptisati non subjiciuntur per se loquendo potestati Ecclesiasticæ, vel temporali Summi Pontificis, nisi degant in terris spectantibus ad temporale dominium illius. Vnde nisi in eis degant, nullis ejus legibus subjiciuntur; ac proinde non possunt per illas reddi inhabiles ad testandū.

§. 4. *De Excommunicato, & Haeretico.*

SUMMARIUM.

Excommunicatus potest validè testari. n. 55.

Excommunicatus licet repellatur ab actibus judicialibus, non tamen ab extrajudicialibus, ibidem.

Percussor Cardinalis redditur intestabilis, non ratione excommunicationis, sed in pænam delicti, eodem n. 55.

Vtrum non solum validè, sed etiam licitè possit excommunicatus testari? n. 56.

Hæreticus non potest liberè testari, & quomodo id intelligendum sit? n. 57. *& sequent.*

55 Excommunicatū validè testari posse, vera, & communis sententia est; quam contra nonnullos tradunt Couar. *in rubr. de Testament. p.* 2. *n.* 18. Gom. *in l.* 3. *Tau. n.* 15. Mol. *disp.* 137. *n.*7. Bened. Ægid. *in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles. p.*1.*§.*4.*n.*1. Suar. *de Cens. disp.* 15. *sect.* 9. Sayr. *in Thesaur. casuum conscient. lib.*2.*c.*9.*n.*2. Vbi innumeros refert, & cæteri ferè omnes *in materia de Censuris.* Ratio est, quia edictum de testamētis est prohibitorium, id est nemo intelligitur prohibitus testari, nisi aliquo jure expressè prohibeatur, per regulam *text. in l. Ab ea parte, ff. de Probationibus, & in l. Quæramus, ff. de Testam. & in §. finali, Inst. Quibus non est permissum facere testam.* Excommunicatus autem ex eo, quod talis sit, nullibi reperitur testari prohibitus. Confirmatur, quia excommunicatus, licet repellatur ab actibus judicialibus, non tamen repellitur ab actibus contractus, & alijs extrajudicialibus, vt probat text. *in cap. Solet, vers. finali, de Sentent. excommun. in* 6 *& in cap. Si verè, eodem tit.* testamentum autem est actus extrajudicialis, qui fit priuata auctoritate, quemadmodum contractus. Vnde si in aliquo casu excommunicatus redditur intestabilis, vt qui percussit Cardinalem, per text. *in cap. Felicis, de Pænis in* 6. id non est, quod excommunicatio eum habeat effectum, sed quia vltra excōmunicationem illa etiam pæna delinquenti imponitur.

Si autem quæras, vtrùm non solum validè, sed etiam licitè possit excommunicatus testari? Respondent Auila de *Cens.* 2 *p.c.*6 *disp.*6. *dub.* 6. & Ægid. Bellanus *tract. de Pænit. disp.* 14.*n.* 135. posse licitè testari, si vellet absolui, & non posset ob defectum habentis potestatem absoluendi, & vrgeret necessitas, vel vtilitas faciendi testamentum; quia per talē necessitatem, vel vtilitatem excusatur: alioqui peccaturum venialiter ob ciuilem communicationem cum alijs, quæ excōmunicato sub veniali prohibetur. Ego verò existimo, si dicta necessitas, vel vtilitas vrgeat, non oportere, quod velit absolui, etiam si adsit superior, à quo absolui possit. Quia excommunicatis absolutè permittitur communicatio ciuilis, quando ipsis vel alijs est vtilis, juxta illū celebrem versum, *Vtile, lex, humile, res, &c.* alioqui idem postularetur ad quamlibet aliam necessariam communicationē humanam licitè habendam; quod esset nimis rigidum, & occasio peccati penè 56

in-

ineuitabilis, attenta humana fragilitate.

57 De hæretico constat, non posse libere testari ex *cap. Excõmunicamus*, 1. §. *Credentes, de Hæreticis*, ibi, *fit etiam intestabilis, vt nec testandi liberam habeat facultatem.* Qui textus licet expresse solum agat de fautoribus hæreticorum, attamen communiter à Doctoribus de ipsis etiam hæreticis intelligitur; quia loquitur de fautoribus, qui contemnunt intra annum satisfacere, & fictione juris hæretici censentur. Vnde à fortiori ipsi veri hæretici hac pæna afficiuntur. Ea tamen non sic intelligenda est, quasi testamentum hæretici sit statim ab initio prorsus irritum, sed quod post sententiam declaratoriam criminis posit irritari, sicut donationes, & alij contractus ab hæretico facti rescindi possunt, vt alibi diximus. Ita contra nonnullos docet Mol. *tom* 1. *disp.* 95 *n.* 24. Sanch. *lib.* 2. *in Decal. c.* 24. *n.* 3 Palaus *tom.* 1. *tract.* 4. *de Fide disp.* 5. *puncto* 26. *n.* 1. *&* alij quos citant, quia *in d. §. Credentes*, non priuantur hæretici facultate testandi simpliciter, sed libera facultate, idest, condendi testamẽtum firmum, vt aliàs possent. Unde cũ aliqui, quandiu per sententiam non declarantur hæretici, & fit executio in eorum bonis, quæ ipso jure confiscata sunt, retineant aliquod eorum dominium cum facultate illud transferendi in alios, vt suppono ex veriori sententia, quam ex professo tradidi *in tract. morali de Fide disp.* 7. *sect.* 1. consequens est, vt etiam per vltimam voluntatem, & testamentum illud transferre possint, quamuis reuocabiliter per Fiscum, qui post sententiam declaratoriam omnia eorum bona vendicare potest.

58 Præterea si hæreticus resipiscat intelligenda est dicta pæna inhabilitatis testandi quoad bona, quæ habebat, antequam resipisceret, vel saltem antequam per Ecclesiam reconciliaretur. Quia jus Canonicum solùm inhabilitat hęreticum, ne possit firmiter testari de bonis, quorum confiscationem, seu publicationem incurrit: constat autem solum publicari bona hæretici, quæ ille habebat ante resipiscẽtiam, vel vt alij volunt ante sententiam, & absolutionem Ecclesiæ. Sic docent Vazq. *opusc. de Testam. c.* 9 §. 1. *n.* 16. Palaus *supra* & cum alijs Sanch. *d. cap.* 24. *n.* 4. contra Farinac. *de Hæresi, q.* 190. *n.* 93. qui vult hæreticum reddi perpetuo intestabilem, etiam de bonis post abjurationem acquisitis.

§. 5. *De damnato ob libellum famosum, & infami.*

SUMMARIUM.

Damnatus ob carmen seu libellum famosum est intestabilis. n. 59.

Infamem testari posse quidam negant: alij vero jure optimo affirmant. num. 60.

An, & qua ratione Sodomita reddatur intestabilis? n. 61.

Damnatus ob carmen, seu libellum famosum intestabilis est, per text. expressum *in l. Is cui, §. vlt. ff. de Testam. & in l. Lex Cornelia, §. vlt. ff. de Injur.* vbi sic habetur: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripsit, composuit, edidit, doloue malo fecit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, vti de ea re agere liceret,* (scilicet, ille, ad cujus injuriam factus est) *& si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilis ex lege esse jubetur.* Qui textus, cum sit valde apertus, explicatione non indiget: illum tamen bene elucidat Glossa ibi, quam consule. 59

Infamem testari non posse sentire videtur Couar. *in Clement, Si furiosus, de Homicidio, p.* 1. *§.* 1. *n.* 6. *ad finem, per d. l. Is cui §. vlt.* Vnde infert, Sodomitam testari non posse, idque etiam ante accusationem, quod alij quoque apud ipsum sentiunt, quibus adde Glossam *in §. Testes autem, verbo, Intestabiles, Inst. de Testam.* Menoch. *de Arbitrar. casu* 286. *n.* 10. Farinac. *in Praxi crimin. q.* 148. *n.* 16. & alios, quos referunt. Contrariam nihilominus sententiam tenet idem Couar. *lib.* 3. *Variar. c.* 3. *sub n.* 8. *vers. Quarto* 60

to licet, vbi pro ea refert Barthol. & Bald. addendo esse communem Doctorum: eandem tenet Jul. Clar. *§. testamentum, q.* 25. Sylucstr. *verbo, Testamentum* 1. *q.* 3. Mol. *disp.* 137. *n.* 9. & alij. Et constat aperte ex *l.* 1. *C. de Secundis nupt.* vbi mulier secundò nubens intra tempus luctus, redditur infamis, & nihilominus ibi supponitur testari posse, quatenus ei interdicitur, ne viro relinquat ex testamento plusquam tertiam bonorum partem.

61 Neq; in contrarium stat *d. l. Is cui*, quia in ea redditur intestabilis, qui ob carmen famosum damnatur, nó quia infamis est, sed in pœnam illius criminis. Vnde etiam sodomita non dicitur intestabilis propter infamiam, sed quia ejus bona ipso jure publicantur, vt cum Gloss. *in cap. Cũ secundum leges, in princ. Verbo. Naturæ contrarias, de Hæreticis in* 6 & Gloss. *in §.* 1. *Auth. de Incestis nuptijs*, Barth. & alijs tradit Cou. *in d. Clement. Si furiosus, d. n.* 6. *ad finem*, & Menoch. *d. casu* 286. *n.* 9. & alij apud Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ord. Reg. lib.* 5. *tit.* 13. *ad princ.* illa enim publicatio efficit, ne possit talis criminosus firmum testamentum condere quoad bona, quæ habebat tempore delicti, vel sententiæ, quemadmodum *§. præcedenti*, de hæretico diximus, cum quo hac in parte sodomita comparatur, & pari modo intestabilis esse intelligitur.

§. 6. *De damnato ad mortem naturalem, vel ciuilem.*

SUMMARIUM.

Omnes damnati ad mortẽ naturalẽ, vel ciuilem, statim post damnationem patiebantur olim maximã, vel mediam capitis diminutionẽ. Explicatur in quo consistat ejusmodi pœna, & qui maximam, quiq; solum mediã capitis patiebantur diminutionem, n. 62. *& sequent.*

Serui pœnæ fiebant omnes damnati, qui libertatem amittebant, & quinam hi erant? eod. n. 62.

Deportati, & relegati inter se differunt; & in quo? n. 63.

Quinam hodie serui pœnæ efficiantur? n. 64. *& seq. Resoluitur, damnatos ad mortem naturalem, licet ingenui sint, effici hodie seruos pœnæ. n.* 65.

Damnati morte naturali non possunt testari, & testamentum, quod antea fecerant, irritum redditur, n. 66. *Ampliatur multipliciter hæc resolutio, n.* 67.

Damnatus ad mortem naturalem, qui à condemnatione appellauit, potest testari pendente appellatione, & valebit ejus testamentum, si moriatur ante confirmationem sententiæ, n. 68. *Imo potest etiam testari pendente tempore ad appellandum concesso, & qua ratione tale testamentum sustineri possit? ibidem.*

Consuetudinem esse, vt damnati ad mortem naturalem testentur, & vbi ea cõsuetudo vigeat? n. 69.

Testamentum damnati ad mortem naturalem pro restitutione male ablatorum valet, n. 70.

Vtrum dãnatus ad mortẽ naturalẽ possit testari ad pias causas? n. 71. *& seq.*

Ad quem pertineant bona damnatorum ad mortem naturalem, n. 72.

Rejicitur quædam opinatio asserentium, si damnatus ad mortem testetur coram duobus testibus, valere tale testamentum in foro conscientiæ, n. 74.

In regno Lusitaniæ permittitur damnatis ad mortem naturalem, non ob hæresim, vel sodomiam, vt testari possint de tertio suorum bonorum ad aliqua pia opera, & quæ illa sint? n. 75.

An damnatus ad genus mortis jure communi prohibitum fiat seruus pœnæ, & intestabilis? n. 76.

Quid de damnato ad mortem in absentia, seu qui in vinculis publicis non detinebatur? num. 77.

Quando secundum jus Lusit. procedatur contra malefactores absentes, qui citati per edicta non comparent? Et vtrũ tales si ad mortem damnentur, & banniantur, fiant serui pœnæ, & intestabiles? num. 78.

Militi damnato ad mortem naturalem permittitur testari de Castrensibus: & qua ratione id intelligatur? n. 79.

Vtrum damnati ad mortem ciuilem, qui olim fiebant serui pœnæ, amissa ciuitate, & libertate, sint hodie intestabiles, quanuis sint ingenui, nō obstante quod seruitus pœnæ respectu ingenuorum sit hodie sublata, n.80. & seq. Et quid speciatim in hoc regno Lusitaniæ dicendum? n.84.

Damnati ad triremes sunt intestabiles, juxta veriorem sententiam, n.85.

Damnati ad perpetuum carcerem intestabiles sunt, præsertim si sint laici, & dānētur in foro Ecclesiastico, n86. Vtrū id hodie procedat quoad ingenuos, n.87

Deportati etiam hodie sunt intestabiles, quanuis aliqui oppositum scripserint, n.88. & seq neq; ad pias causas testari possunt: & vtrum id procedat in Lusitania? n.89.

Nomen, & pœna deportatorum non est hodie in vsu. Poterit tamen Princeps deportare: & quinam propriè dicātur deportati? n.90.

In quibus deportati differant à relegatis, & è contra? n.91. remissiuè.

Interdicti aqua, & igne fiunt pari modo intestabiles atq; deportati: ea tamen pœna desijt esse in vsu. n.91.

Quid de ijs, quos Princeps alienat, & habet pro extraneis à suo regno, qui vulgo dicuntur Desnaturalizados? n.92.

62 CIrca damnatos ad mortem naturalem, vel ciuilem prænotandum est, eos olim statim post damnationem pati maximam, vel mediam capitis diminutionem: nam damnati morte naturali, vel ad bestias, libertatem, & ciuitatem amittebāt. *l. Qui vltimo supplicio, ff. de Pœnis*, & similiter qui damnabantur ad metallū. *l. Ejus, qui, §. si cui, ff. de Testam. & §. pœnæ. Inst. Quibus modis jus patriæ potestatis soluatur, & alijs juribus*: qui autē libertatem, & ciuitatem, amittebant, maximā capitis diminutionem patiebantur, & fiebant serui pœnæ; vtpote qui libertatē in pœnā criminis amitterent, *§. 1. Inst. De capitis diminutione.* Et ita omnes prædicti, idest, qui ad mortē naturalē, vel ad bestias, aut metalla dānabātur, eo ipso manebant serui pœnæ, & maximam capitis diminutionē subibant, statimq; pro mortuis habebātur; ad quod vltimū satis erat, quod ciuitatem amitterent, & ex numero ciuiū Romanorū tollerentur, *§. Cùm autem, Inst. Quibus modis jus patriæ potestatis soluatur.*

Dānati verò alio genere mortis ciuilis, 63 nempe, deportati in insulā, & interdicti aqua, & igne, mediā capitis diminutionē patiebātur, quia ciuitatē, non libertatē amittebāt; *§. Minor, Inst. de capitis diminutione, d. l. Ejus qui, §. si cui, ff. de Testam.* Qui proinde licet statim post dānationē pro mortuis haberētur. *d. §. Cū autē*, non tamē fiebāt serui pœnæ; siquidē libertatē retinebant. Præter ciuitatē verò etiā omnia sua bona amittebāt vt dicitur *in d. §. Si cui.* Cū deportatis similitudinē aliquā habebāt relegati, præsertim si erant relegati in perpetuū; at simpliciter ab illis differūt, & longe mitiorē pœnā sustinebant, quia relegati nihil prædictorū amittebāt, idest, neq; libertatē, neq; ciuitatē, neq; bona, vt notat Gloss. *in d. §. Si cui, verbo. Ius retinent, per l. Relegatorū, 7. ff. de Interdictis, & relegatis, & l. Deportatorū, 7. C. de Pœnis.* Unde hi nō habebātur pro mortuis, cū non desinerēt esse ciues Romani.

Notandū præterea, jure nouo Authent. sublatā, seu restrictā esse seruitutē pœnæ, 64 vt locū nō habeat in homine ingenuo, seu qui liber natus est, vt cōstat ex Auth. *Sed hodie, C. de Donat. inter virū, & vxorē*, quæ desumpta est ex Auth. *De nuptijs, §. Quod autē prius. collat. 9.* Vnde citra dubiū est, neminē hodie qui liber sit natus, fieri seruū pœnæ, secūdū jus cōmune, eo quod ad bestias, vel ad metalla, similē ve pœnā dānatus sit. Vtrū autē hoc priuilegiū cōcessum etiā sit pro ingenuis, qui ad mortē naturalē dānarentur? cōtrouersiā non caret: nam Mol. *tom. 1. tract. 2. disp. 9 n. 5. vers. Crediderim*, dicit, se non dubitare, hunc etiam eo priuilegio cōprehendi; quia in dictis Auth. vniuersim conceditur, vt deinceps nemo ingenuus fiat ex supplicio seruus. Quā sententiam magis etiam probat Cald. *de Nominat. emphyt. q. 5. n. 33. & sequenti.* vbi alios citat.

At

65 At oppositum tenendum est cum communi sententia, videlicet nihil mutatum esse in illis Authenticis quoad ingenuos vltimo supplicio damnatos, qui statim ad mortẽ ducerentur. Ita Glossa *in d. Auth. Sed hodiè, verbo. ex supplicio* Barth. *in d. l. Ejus qui, §. 1. n. 1. ff. de Testam.* vbi ait, ita tenere Dynum, & alios omnes, Couar. *in Rubr. de Testam p. 3 n. 27.* Ant. Gom. *in l. 4. Taur. n. 2.* Ægid. *in l. 1. C. de Sacros. Eccles. p. 1. § 5. n. 3.* Farinac. *in Praxi crimin q. 102. n. 118.* & cæteri communiter, quibus accedit *Ordin. Lusit. lib 4. tit. 81. §. vlt.* vbi expresse decernitur, damnatos morte naturali effici seruos pœnæ. Et vero Imperatoris mentem in dictis Autheticis non fuisse hos damnatos releuare, sed alios, qui viui remanebant, sufficienter desumitur ex text. *in d. §. Quod autẽ*, vbi Imperator solum meminit eorum, qui ad metalla damnabantur, indulgens eis, & alijs similiter damnatis, qui ex supplicio fiebant serui, vt matrimonium illorum, quod antea separabatur, deinceps permaneret, vtpote inter personas liberas consistens. Quod pro illis, qui protinus enecandi essent, intelligi apte non potest; cum horum matrimonium statim per naturalem mortem dissolue ndum esset.

66 His prænotatis, quæstio hujus loci propria est, vtrum omnes prędicti homines damnati ad mortem naturalem, & cæteri qui olim fiebant serui pœnæ, & interdicti, & deportati, sint hodie intestabiles? cui quæstioni per partes satisfaciendum est.

Quod igitur attinet ad damnatos morte naturali, communis, & vera resolutio est, eos testari non posse, imo, & testamentum, quod antea fecerant, irritum reddi. Hanc resolutionem tenent expresse omnes proxime citati, qui sentiunt hos damnatos fieri seruos pœnæ, etiam post d. Auth. *Sed hodie*, cum seruus pœnæ, & quicumq; liber non est, pro nihilo habeatur quoad ciuiles actus, *l. Quod attinet, 33. ff. de Reg. juris.* Quo argumento hanc eandem resolutionem amplectitur Ord. Lusit. *d. tit. 81. §. vlt.* Idem constat *ex l. Ejus, qui, §. si cui, ff. de Testam.* vbi habetur, eum, qui ex supplicio ciuitatem, & libertatem amittit, esse intestabilem, vt etiã testamentum, quod antea fecerat irritetur, & *ex §. Alio quoq; Inst. Quibus modis testamẽta infirmentur*, vbi dicitur, corruere testamentũ, cum is, à quo factũ est, capite minuitur. Eandẽ sententiam tenet Mol. *d. disp. 9. n. 5. vers. Crediderim, & sequenti*, cum alijs, quos refert, etiã retenta opinione, quã sequitur, quod hodie per jus Authent. nullus igenuus, licet damnatus sit ad mortẽ naturalẽ, fit seruus pœnæ. Et probat, quia licet nouo jure Authent. seruitus pœnæ sublata sit respectu omniũ ingenuorũ, qui ad mortẽ naturalem, vel ciuilem damnati sint, nõ tamen ablatũ est, quod ciuitatẽ amittant, prout de jure antiquo amittebant: qui autẽ ciuitatẽ amittit intestabilis est, & si testamẽtum antea fecerat, tale testamentũ rũpitur, vt patet *ex d. l. Ejus qui, §. Si cui aqua, ff. de Test. & d. §. Alio quoq; Inst. quibus modis testamenta infirmentur.*

Traditam resolutionẽ intellige primò, etiamsi dãnati ad mortẽ naturalẽ nõ publicentur bona. Secundo, etiamsi talis dãnatus mortẽ euadat, vt quia fugit, vel e manibus lictorũ ereptus est. Tertio, vt neq; in territorio alieno, ad quod aufugit, testari possit. Quarto, licet non sit dãnatus secundũ formã juris cõmunis, sed secundũ leges proprij territorij, quãuis in hoc casu aliqui sentiãt solũ fieri intestabilẽ quo ad bona sita in proprio territorio; quas omnes ampliationes ponit, & approbat ex varijs DD. Farinac. *d. q. 102. a n. 113.* 67

Limita verò primò, vt nõ procedat tradita resolutio, quãdo dãnatus ad mortẽ à condẽnatione appellauit: valebit enim testamẽtũ, quod pẽdẽte appellatione fecerit, si ante cõfirmationẽ sẽtẽtiæ mortuus fuerit: Ita Cald. *de Nomin. emph. q. 5. n. 25.* Farinac. *d. q. 102 n. 121 & c.* cæteri omnes, per text. expressũ *in l. Qui à latronibus, §. finali ff. de Testam.* Et patet ratione; quia per appellationẽ suspẽditur, & extinguitur omnis effectus sentẽtiæ, à qua fuit appellatũ, adeo vt licet illa sẽtẽtia postea cõfirmetur, nõ ipsa, sed ea, per quã cõfirmatur, effectũ producat, vt late ex multis DD. probat Cal. *d. n. 25. post vers. licet autẽ* 68

Nec solum pendente appellatione potest damnatus testari, sed etiam pendente tépore ad appellandum concesso, licet non appellauerit, ita vt si intra illud tempus obierit, ualeat ejus testamentum, dúmodo hæredes scripti intra idem tépus appellent. Sic eum alijs Cald. *d. q.* 5. *n.* 27. *vers. Nihilominus*, & Farinac. *d. q.* 102. *n.* 123. qui addunt debere hæredes eam appellationem prosequi; & aduertit Caldas, nõ esse interponédã nomine defũcti, sed ipsorum hæredũ pro suo interesse.

69 Limita secundò, vt non procedat, vbi ex statuto, vel cõsuetudine oppositũ permittitur. Sic Farinac. *supra n.* 126. *&* 131. Vnde in Castella possunt testari omnes damnati ad morté naturalem, vel ciuilem de bonis, quæ non confiscantur, vel alteri applicantur, per *l.* 4. *Tau.* id permittenté, vt tradunt Anton. Gom. vbi supra *n.* 3. *&* 4. & Mol. *d. disp.* 9. *n.* 6. Et ex cõsuetudine idem cõmuniter seruari affirmant graues DD. vt Jul. Clar. *§. Testam. q.* 21. *n.* 1. *in fine*, & alij adud Farinac. *d n.* 31. qui addit in vrbe Roma passim damnatos ad mortem testari, eaq; testamenta valere, nõ solum rigore prædictæ consuetudinis, sed etiam propter priuilegia Societatis Misericordiæ, cujus confratres solent dãnatũ associare ad patibulum, & antea efficere, vt sacramenta ei ministrentur, ipseq; testamentũ faciat, si voluerit. Vtrum auté hæc consuetudo, & priuilegia in hoc etiam regno vigeant? Mihi non constat, & magis credo non vigere, cũ Ord. regia *d. tit.* 81. *§. vlt.* expresse decernat, dãnatos ad mortem naturalé testari nõ posse: nec Doctorum aliquem reperiam ex ijs, qui in hoc regno de hac re scripserunt, qui vllã talis cõsuetudinis, vel priuilegij métioné faciat

70 Limita tertio in testamento facto pro restitutione male ablatorũ: illud enim valere, tenent graues DD. apud Farinac. *d. q.* 102. *n.* 129. Qui tamen addit, debere, in hoc casu de male ablatis constare aliũde, quam per assertionem testatoris. Idé docet, & magis explicat Tiraq. *in l. Si vnquã, verb. libertis, n.* 88. *C. de Reuoc. donat.*

71 Si quæras, vtrum similiter valeat testamentum damnati ad mortem, si testatur ad causas pias? Respondet affirmatiuè Joan. Valerus *verb. testamẽt. differ.* 7. *n.* 2. vbi pro eadem sententia refert Barth. & Bald. *in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles.* & Bened. Capram super eadem *l. n.* 122. testantem de communi. Ducitur, quia ad valorem testamenti ad pias causas solum requirũtur conditiones juris gentium, vt probat *cap. Cum esses, & cap. Relatum* 1. *de Testam.* damnatus autem ad mortem naturalem, vel ciuilem, licet amittat, quæ sunt juris ciuilis, non tamen, quæ sunt juris géntium, vt habetur *in l. Quidam sunt*, aliàs *sunt quidam* 17. *ff. de Pænis.* Immerito autem Valerus pro hac sententia refert Barth. & Bald. nam ij DD. expresse tenẽt contrariam in repetitione super *d. l.* 1. *C. de Sacros. Eccles.* Barth. quidem *n.* 26. *col.* 5. & Bald. *n.* 5. *col.* 3. Quod etiam tradit *in l. Ejus qui, §. Si cui post, n.* 3. *ff. de Test.* & eandem vt cõmunem tradunt Panorm. *in rubr. de Testam. col. vlt. ad fin.* Couar. ibi *p.* 3. *n.* 27. *fin.* Anton. Gom. *in l.* 4. *Taur. n* 2. Jul. Clar. *§. testamentũ. q.* 5. *col.* 2. *vers. Quarto*, Mol. *d. disp.* 9. *n.* 5. *vers. Quod vt melius, fine*, Bened. Ægid. *in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles. p.* 1. *§.* 5. *sub n.* 1. *vers. Qua ratione*, & alij, quos citat, & sequitur Farin. *d. q.* 102. *n.* 114. Vnde immerito etiam apũd Valerũ suã illã opinioné cõmuné dicit Capra, quẽ videre nõ potui: nec hactenus aliũ reperi Doctoré, qui illã teneret.

Quare hæc secunda sententia omnino tenẽda est, quã bene probat Barth. supra, tũ alijs fũdamẽtis, tũ præsertim, quia dãnatus ad morté naturalé amittit omnia sua bona, *l. Quoad statutũ, & l. Qui vlt. ff. de Pænis*, eaq; bona applicãtur ejus ascendentibus, & descendentibus, & collateralibus, vsque ad tertium gradum, si illos habeat, sin minus fisco, vt expresse decernitur Auth. *Bona damnatorum C. de Bonis proscriptorum*; cui ex parte cõsonat Ord. Lusit. *lib.* 2. *tit.* 26. *§.* 28. vbi statuitur, bona dãnatorũ, qui amittunt virã, aut statũ, vel libertaté personarũ, pertinere ad fiscũ, nisi post illorũ morté, aut dãnationé, remanserint aliqui eorũ ascédentes, vel descédentes vsq; ad tertiũ gradum. Is autem cujus bona saltem post 72

illius

illius mortem alteri sunt applicata, testari de illis non potest, etiam ad pias causas, quia priuilegium piæ causæ non extenditur ad disponendum de bonis eum præjudicio juris alieni. Quamobrem, filiusfamil. etiam ad pias causas testari nō potest de bonis aduentitijs, cum id cedat in prejudiciū patris, qui jus habet succedendi in illius bonis.

73 Et hinc facile dissoluitur fundamentū prioris sententiæ. Ad quod negamus damnatum ad mortem naturalem retinere ea, quæ sunt juris gentium, cū amittat libertatem, & bona, & consequenter facultatem, quam aliàs de jure gentium haberet ad disponēdum de illis, etiam postmortem. Neq; oppositum habetur *in d. l. Quidam sunt*: nam ibi solum de ijs, qui ciuitatem, non libertatem amittunt, dicitur quod retinent quæ juris gentium sūt, vt quod possint acquirere, quemadmodū Glossa ibidem exponit. Dato verò, quod etiam damnati ad mortem naturalem retinerent quæ sunt juris gentium, adhuc supposita bonorum priuatione, testari nō possent secundum jus gentium; quia nullo jure, etiā naturali, permittitur, vt quis disponere possit de bonis, quibus legitimè priuatus est, vt per se constat.

74 Vnde omnino rejicienda est quædam alia opinio Valeri *loco supra citato*, quam sequitur Diana *p. 5. tract. 3. de Casibus occurrentibus tempore mortis, resol.* 120. asserens si damnatus ad mortem naturalē testetur coram duobus testibus, validum esse tale testamentum in foro cōscientiæ, posseq; hæredem scriptum bona retinere, dum non compellitur per judicem bona fisco tradere: sufficere enim hæredi in foro conscientiæ habere volūtatē testatoris, quia ea, quæ sunt juris gentium nō amisit. Hæc, inquā opinatio rejiciēda est, nō solū quia verius est, etiā testamentū hominis alioqui habilis si careat cōpetenti numero testiū, & alijs solēnitatibus juris ciuilis, esse nullum in omni foro, ante omnem judicis sententiam; sed etiam quia cum damnatus morte naturali priuetur libertate, & bonis, quæ statim alteri applicantur, nihil prorsus habet, quod in aliū trās-ferre possit. Neq; verum est, cū retinere ea, quæ sūt juris gētiū, vt ex dictis cōstat.

In hoc tamen regno permittitur damnatis ad mortem naturalem, qui ob crimen hæresis, uel sodomiæ damnati non sint, vt testari possint de tertia parte suorū bonorū, distribuendo illa in redemptionem captiuorum, maritandas orphanas, eleemosynas hospitalibus largiēdas, missas celebrandas, & pro reparatione monasteriorū, & Ecclesiarum, non verò in vllas res alias, vel expensas, vt expressè habetur *lib. 4. Ord. tit.* 81. *§.* 6. Circa quam legem non immerito dubitatur, vtrū illis dānatis permittatur, quod possint disponere de tertia parte bonorum in qualibet pia opera, vel solū in prædicta opera, quæ in in ea lege exprimuntur? Hanc quęstionē latè in vtramq; partem disputat Ægid. *in l. 1. C. de Sacros. Eccles. 1. p. §. 5. a n* 4. qui verius credit, permitti illis, vt pro suo libito possint disponere de tertia bonorum parte in qualibet pia opera; quia ratio motiua illius legis fuit consulere bono animæ hominis ad mortē corporalē damnati, vt in præfatione ejusdē legis exprimitur: quæ ratio non est determinata ad aliqua certa pia opera, sed communis ad omnia, quibus animæ defunctorū juuari possunt. Quoties autē ratio in prefatione legis posita generalis est, ipsa lex generaliter est intelligenda, etiamsi aliquos casus in specie proponat; juxta *l. Regula est, §. Siquis jus, vers. Et licet*, ibi: *Nā initium constitutionis generale, ff. de Iuris, & facti ignorantia*. Mol. verò *d. disp. 9. n.* 8. videtur tenere mediā quādam sententiam dicens; se credere, non posse illos damnatos expendere tertiam partem bonorum in alia opera, nisi constaret esse æquè pia. Vbi plane admitit, quod in æquè pia opera eis permittitur disponere, non autē in minus pia. Mihi tamen omnino dicēdū videtur, solū ad certa illa pia opera in *d. Ord.* expressa concedi testandi facultatē. Quod desumo, tum ex verbis ejusdē Ord. ibi: *E em outras algũas cousas, & despezas não poderâm distribuir as ditas terças*: tum ex verbis, quibus dicta cōcessio refertur *eodē lib. 4. tit.* 83. *§.* 2. ibi, *Não*

podem fazer testamentos mais que da terça parte de seus bens, que lhe permitimos pera certas obras pias.

76 Limita quartò dictā principalē resolutionem in damnato ad genus mortis jure communi prohibitum, vt veneni, mallei, securis, præcipitij: hunc enim non effici seruum pœnæ, nec intestabilem, licet crimen, propter quod est condemnatus, mereatur pœnam mortis, communis est Doctorum sententia; quam multis relatis tradunt Jul. Clar. *§. Testamentum, q.* 21. *n.* 3. & Farinac. *d. q.* 102. *n.* 127. Ab hac tamē traditione recedit Caldas, *de Nominat. Emphyteut. q.* 5. *n.* 24. vbi cum alijs credit, nullum mortis genus jure ciuili prohibitum esse, & ita quocumque genere mortis quis damnetur, fieri seruum pœnæ, & sic intestabilem, atque hoc jure Lusitanos vti.

77 Limita quinto in damnato ad mortē in absentia, seu qui in vinculis publicis non detinebatur: hic enim licet sit pronuntiatus bannitus testari valide potest, secundum formam juris communis; quia quæ juris ciuilis sunt non amittit. Sic cum Barthol. & innumeris alijs tradit Farinac. *in Praxi crimin. q.* 102. *n.* 4. Post Jul. Clar. *supra n.* 4. Qui tamen solummodo loquuntur de bannito secundum formam statuti volentis, contumacem (idest, eum qui compatere non vult intra terminos à judice assignatos) posse tanquam confessum condemnari, & impune offendi. Atque huic traditioni varias ampliationes, & limitationes adhibet Farinac *ex n.* 8.

78 Loquēdo autem de damnatis ad mortem in absentia, pronuntiatisque bannitis secundum formam Ordin. hujus regni, *lib.* 5. *tit.* 126. *vbi §.* 1. habetur, vt contra malefactores absentes, qui citati per edicta intra terminos assignatos non comparent, procedatur ad suam contumaciam, non habēndo illos tamquam confessos, sed indagando veritatem, quā cognita damnentur pœnā, quam secundum jus meruerint: & *§.* 8. si fuerint damnati ad mortem naturalem, & banniti, quod possit quilibet de populo eos impunè occidere. De his, inquam, loquendo, existimat Caldas *d. q.* 5. *de Nominat. Emphyt. n.* 46. eos per talem condemnationem fieri seruos pœnæ, quemadmodum, qui postquam damnatus est, ad mortem è carceribus aufugit. Nam quod communiter dicitur, damnatum ad mortem in absentia, & bannitum non fieri seruum pœnæ, intelligi debet, inquit ille, quando ob cōtumaciam damnatur, vt conuictus, & cōfessus, non vero quando ex legitimis probationibus capitalis sententia lata est, vt in præsenti casu. Quæ opinio mihi etiam placet, à qua non videtur alienus Jul. Clar. *supra q.* 19. *n.* 2. & Peregrin. *lib.* 3. *de Iure fisci tit.* 2. *n.* 11. pro qua etiam stat Farinac. *d. q.* 102. *n.* 104. *&* 119. & juxta illam consequenter dicendum est, damnatos in absentia ad mortem naturalem, & bannitos, juxta prædictam formam Ordin. regiæ, esse intestabiles, nec valere testamentum, quod antea fecissent; cum id sit commune omnibus, qui ex supplicio libertatem amittunt, vt constat *ex l. Ejus qui §. Si cui, ff. de Testam. & §. Alio quoque, Inst. quibus modis testam. infirmentur.*

Limita sextò, & vltimò in milite quo- 79
ad bona castrensia. vt possit de illis testari, vt habetur *l. Et militibus, C. de Testam. militis, & l. Ex militari, ff. de Test. milit.* vbi id restringitur, nisi damnatus sit ob violatam fidem juramenti, & *Ordin. Lusit. lib.* 4. *tit.* 83. *§.* 2. vbi tamen additur, dummodo dux talis militis, vel judex, qui illum damnauit, id ei reseruauerit, & declarauerit in sententia condemnatoria. Quod similiter dicendum esse secundum jus commune, tradit Glossa *in d. l. Et militibus, verbo, permittitur, per l. Cum hic status, §. Si miles, ff. de Donat. inter virum, & vxorem.*

Quod verò attinet ad damnatos ad 80
mortem ciuilem, per quam olim, & ciuitatem, & libertatem amittebant, quales erant damnati ad metallum, & bestias, qui proinde statim manebant serui pœnæ, vt constat ex dictis sub initio hujus §. certum est, illos perinde olim fuisse intestabiles, sicut damnatos morte naturali,

rali, de quibus proxime dictum est, quod satis constat ex *ex d. l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Testam.* & alijs juribus. Cum verò per Authent. *Sed hodie, C. de Donation. inter virum, & vxorem*, seruitus pœnæ sublata fuerit quoad ingenuos, qui hoc ciuilis mortis genere damnatentur, grauis dubitatio est, Utrùm hodie ingenui sic damnati possint testari nec ne? Cujus quæstionis non mediocris vtilitas est. Nã licet his temporibus damnatio in metallum, & ad bestias in vsu non sit, attamen sunt aliæ pœnæ, quæ damnationi in metallum æquiparantur, in quibus idem jus seruari debet, vt damnatio ad triremes, ad perpetuum carcerem, & ad munus carnificis perpetuò exercendum, vt ex varijs Doctoribus tradit Peregrin. *lib. 3. de Iure fisci tit. 4. n. 5. & seqq.*

81 Ad propositam igitur dubitationem respondet affirmatiuè Couar. *in rubr. de Testam. p. 3. n. 27. vers. jure autem antiquo, ad finem.* Anton Gom. *in l. 4. Taur. n. 2. ad finem*, Farinac. *d. q. 102. n. 158.* & Ægid. *in l. 1. C. de Sacros. Eccles. p. 1. § 5. n 3. & §. 6. sub n. 1. vers. Vnde interim.* Probant, quia hi damnati non fiunt hodie serui pœnæ ex dispositione *in d. Auth. Sed hodie.* Quod si opponas per dict. Auth. solùm eis remissam esse amisionem libertatis, non verò ciuitatis, satisq; esse, quod quis ciuitatem amittat ad hoc vt sit intestabilis, vt constat *ex d. l. Ejus qui §. Si cui.* Respondet Ægid. *d. vers. Vnde interim*, hos reos non amisisse olim ciuitatem per se, & principaliter, sed in consequentiam libertatis amissæ: vnde restituta libertate, ciuitatem etiam censeri restitutam. Quod confirmat exẽplo seruorum, qui liberi facti, illico ciues Romani fiebant, vt constat *ex §. Libertinorum, Inst. de Libertinis.*

82 Contrariam nihilominus sententiam tenet Mol. *tract. 2. disp. 9. sub n. 5. vers. Deinde falsum est*, cũ Panormit. Bartholo, & alijs quatenus post *d. Auth. Sed hodie*, absolutè docent prædictos damnatos esse intestabiles. Mouetur, quia licet per *d. Auth.* eis sit remissum, ne fiant serui pœnæ, tamen remissum non est, quod ciuitatem amittant: ij autem, qui ciuitatem amittunt, intestabiles sunt; &, si testamẽtum ante damnationem fecerant, irritum euadit. per *d. l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Testam.* & alia jura. Cui rationi non videtur bene respondere Ægid. proxime citatus, scilicet amisionem ciuitatis non incurri olim de per se ab ejusmodi damnatis, sed in consequentiam amissæ libertatis; nam hoc satis falsum apparet *ex l. Qui vltimo supplicio, ff. de Pœnis, & alijs juribus*, quibus expresè decernitur, damnatos ad bestias, vel ad metallum, amittere ciuitatem, & libertatem: vbi cum prius decernatur amisio ciuitatis, intelligi non potest, quod id sit in consequentiam amissæ libertatis.

Hæc secunda sententia videtur verior de rigore juris. Quam confirmo primo, quia fauor his reis concessus *in d. Auth. Sed hodie*, continet correctionem juris antiqui, & sic non debet extendi vltra id, quod in eodem Auth. exprimitur: in ea autem, & in corpore, vnde desumpta est, solum exprimitur quod ij rei non amittant libertatem. Secundò, quia bona horum damnatorum sunt alteri applicata post illorum mortem, non solum per jus antiquum, sed etiam per jus nouum, *in Auth. Bona damnatorum, C. de Bonis proscriptorum*; vnde nec ad pias causas de illis testari possunt, vt in simili diximus *supra n. 27.* 83

In hoc autem regno aliter videtur dicendum, quia *lib. 4. Ordin. tit. 81.* vbi agitur de ijs, quibus non permittitur testari, soli damnati ad mortem naturalem pronuntiantur intestabiles: quo datur intelligi quoslibet alios damnatos testari posse; & ita intelligit Mol. *d. disp. 9. n. 9.* Hoc autem difficultate non caret, cum eàdem Ordin. *lib. 2. tit. 26. §. 28.* bona damnatorum, qui amittunt vitam, aut statum, aut libertatem, applicentur eorum ascendentibus vsque ad tertium gradum, si illos habeant; sin minus fisco. Illud autem libenter admitto, quemadmodum per *d. Ordin. lib. 4. tit. 81. §. vlt.* damnatis ad mortem naturalem permittitur testari ad certa pia opera ibi expressa de 84

tertia parte suorum bonorum, ita etiam damnatis ad mortem ciuilem id permissum censeri.

85 Ex his colliges primo, damnatos ad triremes esse intestabiles; quia æquiparātur damnatis in metallum, vt cum alijs tradunt Peregrin. *d.tit.4.n.7.* & Farinac. *in Praxi crimin q.*102. *n.* 140. Vnde si non sint ingenui, fiunt serui pœnæ. Si autem ingenui, ac bene nati sint, adhuc post jus nouum *in d. Auth. Sed hodie*, æquiparantur deportatis, vt bene aduertit Peregrin. *d.tit.* 4. *n.* 9. & sic amittunt ciuitatem, & omnia, quæ sunt juris ciuilis, atque adeo & factionem testamenti, quemadmodum infra dicemus de deportatis, cum Peregrin. & alijs. Retentā autem prima sententia superius traditā, quę admittit posse hodie damnatos in metallum testari, idem etiam de damnatis ad triremes dicendum est; & ita, juxta illam primam sententiam, docet in specie Ægid. *d.§.5.sub.n.3.vers. Vnde est.*

86 Colliges secundo, damnatos ad perpetuum carcerem esse similiter intestabiles; quia comparantur damnatis in metallū, vt tradunt Bartholus, Decius, & alij apud Peregrin. *d tit.*4 *n* 5. & ita eos testari non posse, docent in specie Abbas *in rubr. de Testam. post. num.* 4. vbi testatur de communi, Fulgosius, & Beltrandus, quos citat, & sequitur Peregrin. *supra n.* 5. Caldas *de Nominat.q.*5.*n* 22. & Farinac. *d q* 102 *n.* 14. Quod præcipue procedit, spectato jure Canonico; quia in eo pœna perpetui carceris permittitur, *cap. Nouimus, de Verborum significat, cap. A nobis, de Apostatis, cap. Quamuis, de Pœnis in* 6. De jure autem ciuili id negant Jul. Clar. *§. Testamentum, q.* 23. Caldas *n.*24. *ad finem*, quia jure ciuili reprobata, & prohibita est pœna carceris perpetui, *l.Incredibile, C. de Pœn. & l. Aut damnum, §.solent, ff. eodem*; est autem receptum neminem secundum jus ciuile fieri seruum pęnæ, [illegible] intestabilem ex condemnatione ad pænam eodem jure prohibitam, *vt supra limit.* 4. notauimus. Vnde Caldas *d. n.*24.*fine*, & alij ejusdem sententiæ assertores solum admittunt, damnatum in foro Ecclesiastico ad perpetuum carcerem, vt propter crimen hæresis, vel aliud simile, fieri seruum pęnæ, & intestabilem: idque siue sit laicus, siue clericus; quanuis de clerico aliqui contrarium opinentur, vt videre est apud Peregrin. *supra n.*5. & Farinac. *d.q.*102 .*n.*144. Cæterum etiam in foro sæculari damnatum ad carcerem perpetuum intestabilē esse tenent Peregrin. *d.n.*5. & Farinac. *n.* 141. Quia etiam in sæculari foro ejusmodi pœna est in vsu, & per consuetudinem approbata.

Credit autem Farinac. *n.* 158. post Couar. *supra*, & alios, hodie de jure nouo *in d. Auth. Sed hodie*, hos damnatos testari posse, si liberi nati sunt, quod per dictum jus nouum, nullus ingenuus efficiatur seruus ex supplicio. Hoc autem merito reprobat Peregrin. *d.tit.*4.*n.*9. tenens hos damnatos æquiparari hodie deportatis, de quibus statim dicendum, ac proinde ciuitatem amittere, & intestabiles esse, quemadmodum supra diximus, & probauimus cum Mol. loquendo de damnatis ad metallum. 87

Quod denique spectat ad deportatos, qui (vt *supra n.* 63. dictum est) ciuitatē amittebant, & consequenter erant intestabiles. *d.l.Ejus qui, §.Si cui, ff.de Testam*; non desunt, qui existiment eos hodie post jus nouum *in d.Auth.Sed hodie*, testari posse. Ita Couar. *in rubric. de Testament. p.* 3. *n.* 27. Anton. Gom. *in l.*4. *Taur. n.* 2. Farinac. *in Praxi crimin. q.* 102. *n.*158. & alij. At hoc inaduertenter dictum esse scribit merito Ægid. *in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles.* 1.*p.§.* 6. *sub num.* 1. *vers. Vnde interim.* Nam Justinianus in dict. jure nouo solum correxit antiqua jura quoad damnatos, qui fiebant serui pœnæ, volens, vt deinceps libertatem nō amitterent; & sic nihil immutauit quoad deportatos, qui non libertatem, sed solā ciuitatem amittebant. 88

Quare hos damnatos ciuitatem hodie amittere, & intestabiles esse, sicut ante dict. jus nouum, omnino tenendum est cum eodem Ægid; & Peregrin. *de Iure fisci lib.*3.*tit.*5.*n.* 4. *juncto n.* 7. vbi alios refert, 89

refert: inter quos Iul. Clar. §. *Testamẽtum, q.22*, hanc sententiam dicit communem. Quam vlterius confirmo, quia deportati, neque ab intestato hæredem habent, sed omnia eorum bona per *dict. Auth. Bona damnatorum, C. de Bonis proscriptorum*, reseruantur certis personis in ea designatis, vt cum Salieeto, Bald. Castrens. & multis alijs notat idem Peregrin. *n.5 & 7.* vnde nec ad pias causas testari possunt, vt constat ex dictis *n. 72. & 83.* In hoc tamen regno probabile videtur, hos damnatos testari posse, saltem ad aliqua pia opera, juxta superius notata, *vers. In hoc autem regno, num.84.*

90 Nota vero, quod pæna, & nomen deportatorum non est hodie in vsu, vt notant Ægid. *d. §.6.n.3.* & Peregrin. *de Iure fisci, tit.5.n.11.* Qui tamen subdit, posse principes deportare in insulam, vel alium locum, si velint, & sufficere si vtantur verbo *Deportamus*, quin etiam addit cum Bald. & alijs, exterminatos in insulam perpetuò, ademptis bonis, & sub pæna capitali, si inde recedant, pro deportatis accipi; olim namque is propriè erat deportatus, qui in insulam vinctus deferebatur condemnatus ad eum locum in perpetuum, finibus circunscriptis sub capitali pæna, si inde recederet, vt per *l. Relegati: ff. de Pænis*, & alia jura, tradit idem Peregrin. *d.tit.5.n.1.* atque ex propria natura talis condemnationis bona amittebant. *l.1. ff. de Bonis damnatorum.*

91 In quibus autem deportati differant à relegatis, & ècontra, vide apud eundem Peregrinum proximè *à n. 12.* Certè relegati neque testamenti factionem amittebant, *l. Ejus qui, § si cui, ff. de Testam.* neque hodie amittunt, vt omnes fatentur. De interdictis aqua, & igne, non est quid agamus; quia hæc pæna desijt esse in vsu; sicubi tamen introducatur, idem omnino de taliter damnatis dicendum est, atque de deportatis, cum vtrique pari modò ciuitatem, & testamenti factionem amittant, per text. expressum *in d. l. Ejus qui.*

92 Si quæras, quid sentiendum sit de eo, quem Princeps alienat, & habet pro extraneo à suo regno, quem vulgo appellamus *Desnaturalizado?* Vt frequenter fieri videmus in hoc regno, præsertim contra personas Ecclesiasticas, quæ aliquid contra bonum commune, vel etiam priuatorum moliuntur, & à Rege semel, & iterum moniti desistere ab incepto nolunt. Ægid *in l.1. C. de Sacrosf. Eccles. p.1. §. 6. n.4.* credit hunc esse similem deportato, cum ciuitatem, ac patriam amittat, & sic esse intestabilem; ita vt nec patrio, nec communi jure vti possit ad validè testandum: & si antea testamentum fecerat, tale testamentum irritum fieri, quemadmodum de deportatis supra dictum est: si tamen in regnum alterius Principis tamquam ciuis originarius, accipiatur, valide ibi testari posse, taleque testamentum vbique valere, etiam in ipso patrio solo, à quo expulsus est. Hoc autem mihi est valde difficile: existimo enim non satis esse, quod aliquis amittat jus ciuis originarij alicujus regni, ad hoc vt maneat intestabilis, nisi aliquid aliud addatur, vt sequenti *sect.* explanabo, ex qua non parum lucis proximè dictis accedet.

SECTIO III.

Vtrum exteri, & peregrini testari possint?

SUMMARIUM.

Exteros, & peregrinos factionem testamenti habere communiter à Doctoribus supponitur. n.93.

Exterorum quidam sunt incolæ, seu habentes domicilium in loco, vbi reperiuntur: quidam forenses, & ex his quidam sunt vagi nullibi habentes domicilium: quidam peregrini, qui scilicet alibi domicilium habent. n.94.

Peregrinus etiam in malam partem in jure accipitur, pro eo, qui deportatus est, & ciuitatem amisit, eod. n.94. fine.

Exteri habentes domicilium in regno, vel prouincia, vbi commorantur, subjiciuntur ejus legibus, & possunt cogi ad sube-

subeunda munera, & onera personalia, quemadmodum originarij ejusdem regni: unde etiam gaudent priuilegijs, & fauoribus, qui per tales leges subditis conceduntur. n. 95.

In regno Lusitaniæ, Castellæ, & quibusdam alijs, nullus alienigena potest habere beneficium Ecclesiasticum, etiamsi domicilium ibi figat, nisi speciali regis indulto id ei sit permissum, per litteras naturalitatis, quibus recipiatur in ciuem, & originarium regni n. 96.

Peregrini, seu exteri domicilium alicubi habentes, licet obligentur legibus loci, in quo ad tempus commorantur, tamen si juxta leges sui domicilij sunt inhabiles ad testandum, non redduntur habiles per leges territorij alieni, in quo reperiuntur: idque licet ibi habeant aliqua bona, n. 97.

Vagi non possunt facere testamentum per leges territorij, in quo reperiuntur, si alias non sunt habiles ad testandum. n. 98. Neque etiam per leges patriæ, quam deseruerunt, licet semper in ea retineāt domicilium originis. 99.

Qui omnino recessit à domicilio originis, non manet subjectus legibus illius, neque illud retinet, quoad jurisdictionē, sed solum quoad munera, & honores, eodem n. 99

Exteri, qui habent domicilium in regno, vbi commorantur, possunt testari per leges talis regni, perinde atque si essent originarij illius: idque licet per leges suæ patriæ testari non possent. n. 101.

Vtrum deportatus se conferens in alienū territorium, & ibi domicilium figens possit testari? n. 102.

Quid de damnato ad mortem naturalem, aut aliàs seruo pœnæ effecto, si in alienam prouinciam fugiat, ibique domicilium figat? n. 103.

Excluditur sententia Bartholi opinantis seruum pœnæ, quocumque se conferat, & domicilium figat, semper esse intestabilem, n. 104. & seq.

Seruitus pœnæ non ita comitatur damnatum, sicut excommunicatio excommunicatum, neque vt lepra leprosum, n. 104.

Imperator non est dominus totius mundi, vt malè existimauit Bartholus, n. 105.

Quo sensu verum sit, pœnam infamiæ semper comitari personam, sicut lepra leprosum? n. 106.

Qui bello justo in seruitutem redactus est, manet liber, si fugiat, & ad suos, vel suorum amicos, reuersus sit, potestque licite ad illos fugere, eod n. 106.

Quo sensu in jure dicatur, deportatos, & quosdam alios damnatos ciuitatem amittere? n. 107.

Peregrini, seu forenses, qui alibi retinet domicilium habitationis, possunt testari in territorio vbi reperiuntur, si in suo domicilio per ejus leges testamētum facere poterant, n. 107. & seq.

Forensis non desinit esse actualiter subjectus legibus sui domicilij, quoad ea, quæ per modum habitus, & potentiæ, vel impotentiæ personam immediate afficiunt, eam habilitando, sed solum quoad externos actus, & gubernationem morum, n. 109.

Attingitur propria ratio, ob quam forensis tenetur seruare, quod legibus sui territorij præcipitur, quando idem præcipitur per leges territorij alieni, in quo ipse reperitur, eod. n. 109.

Forensis, cui per leges sui domicilij permittitur testari, potest testamentum facere, licet reperiatur in loco, vbi incolis similis conditionis testari nō permittitur, vt si filiusfamilias Castellanus reperiatur in Lusitania, n. 110.

Vagi, seu nullibi habentes domicilium, quouis loco testari possunt quamuis hoc difficile appareat: & quæ sit ratio difficultatis? n. 111. Probatur verò dicta sententia solido fundamento, num. 112. Soluuntur objecta in contrarium, num. 113.

Vtrum, qui priuatur jure naturalitatis, quod in regno patrio habebat, maneat, intestabilis? num. 114. Quid, si priuationi naturalitatis adjecta fuit publicatio bonorum? num. 115.

Quid sit bannitio, ex qua quis dicitur bannitus? eod. num. 115.

Vtrum

Vtrum bannitus sit intestabilis, præsertim si est bannitus cum publicatione bonorum? n.116.

Pæna publicationis bonorum non extenditur ad bona postea acquisita, nec ille contra quem actum est, de illis testari prohibetur, eodem n.116.

93 EXteros, & peregrinos factionem testamenti habere, non solet in dubiũ verti à Doctoribus, sed magis tanquam certum supponi, cum frequens apud eos sit disputatio de solemnitatibus, quæ in testamentis talium personarum requiruntur. Cæterum, quia de veritate hujus suppositionis dubitari posse video, peculiarem hac de re quæstionem excitare operæ pretium duxi;præsertim cum ijs, quæ proximè dicta sunt circa deportatos, & alios, qui deportatis comparantur, & ciuitatem amittunt, lucem non mediocrem afferre possit.

94 Ante omnia igitur præmitendum, exteros, seu eos, qui nõ sunt originarij regni, aut prouinciæ, in qua reperiuntur, in duplici esse differentia: quidam enim sic in tali sunt prouincia, vt in ea domicilium habeant: quales sunt, qui habent animum ibi perpetuo manendi, nisi noua causa recedendi adueniat. *l. Ciues. C. de Incolis, lib.*10.& communis Doctorũ, & hi appellantur incolæ talis loci, *l. Cum neque, Cod. eodem.* Alij verò domicilium in ea prouincia non habent, quia solum ad tempus in ea commorantur;& hi propriè dicuntur forenses. Qui rursus in duplici etiam differentia reperiuntur: nam vel nullibi habent domicilium,vt qui patriam omnino deseruerunt, animo perpetuo vagandi,vel figendi etiam domicilium alio in loco, ad quem non dum peruenerunt, *l.Ejus qui manumissi, §. Celsus, ff. Ad municipalem,* & communiter Doctores apud Sanch. *lib.3. de Matrim. disp.* 25. *n.*2. & hi dicuntur vagi: vel habent alicubi domicilium, quia solum ad tempus in diuersam prouinciam recesserunt cum animo reuertendi: & hi propriè dicuntur peregrinari, seu esse peregrini, vt indicat text. *in d. l. Ciues,* ibi, *Vnde cum profectus, peregrinari videtur,* & tradit expressè Glossa. ibi, *verbo, Auocet.* Vbi tamen nota peregrinum etiam in malam partem in Iure accipi, pro eo, qui deportatus est, & ciuitatem amisit, vt *in l.*1.*Cod de Hæredibus instituẽdis;*qua de re Glossa *in Auth. Omnes peregrini, Cod.Communia, de Successionibus.*

Præmitendum deinde, exteros domicilium habentes in regno, vel prouincia, vbi commorantur, esse per omnia subjectos legibus, & statutis talis regni, ita vt etiam ad subeunda munera,& onera personalia cogi possint,quemadmodum originarij talis regni, vt exprimitur *in l. Incola,*24.*ff.Ad municipalem,* & constat etiam ex *l. Est verum,* juncta Glossa ibi, *verbo. Incolas,& l. sequenti, Cod. de Incolis lib.* 10. estque indubitata omnium sententia. Qui proinde etiam priuilegijs & fauoribus, qui per tales leges, & statuta subditis conceduntur, gaudere possunt, juxta *l. Secundum naturam,*10 *ff.de Regul. jur. ibi: secundùm naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda,* & juxta regulam, *Qui sentit onus sentire debet commodum, & è contra, de Regul.jur.in* 6.Vnde ecõtra exteri, qui in aliquo regno commõrantur absq; animo ibi perpetuo manendi: qui quidem, juxta *d. l. Est verum, & sequentem,* ad munera, & onera personalia cogi non possunt, nullo beneficio, & fauore statutorum talis regni vti possunt, vt latè cum alijs tradit Barbosa *in l. Exigere dotem,*65.*ff.de Iudicijs à n.*44. 95

Nota verò, si per leges, aut priuilegia alicujus regni sit aliquid specialiter concessum pro solis originalibus ejusdẽ regni, id non extendi ad alienigenas domicilium in eo habentes, nisi speciali Principis beneficio sint admissi, & habiti vt originales. Vnde in hoc regno nullus alienigena potest habere beneficium Ecclesiasticum, etiamsi domicilium in eo figat, nisi speciali regis indulto id ei sit permissum per literas, vt vocant, naturalitatis, quibus recipiatur in ciuem, & originariũ regni; quia vnum ex priuilegijs hujus regni est, vt nemo, qui originarius illius 96

non

non sit, beneficium Ecclesiasticum in eo obtineat. Quod priuilegium alijs etiam regnis concessum est, vt Castellæ, Aragoniæ, & Franciæ. Tradit hæc omnia Cabedus *tract. de Patronatibus Ecclesiarum regiæ coronæ regni Lusitaniæ, cap. 29.* & notat Emman. Barbosa, *in Remiss. ad Ordin. reg. lib. 2. tit. 55. in princip. numer. 3. & 4.*

97 Præmitendum tertiò, licet peregrini, seu exteri, qui alicubi habent domiciliũ, obligentur legibus territorij, in quo ad tempus commorantur, vt est multorum Doctorum sententia (quam modò non discutimus) quæ quoad conrractus, & testamentorum solemnitates, communiter est recepta: attamen si tales peregrini juxta leges sui domicilij sunt inhabiles ad testandum, non redduntur habiles per leges territorij, in quo reperiuntur, vt tradunt Barthol. *in l. Cunctos populos, C. de Summa Trinit. n. 25. vers. Circa hoc dubitatur,* Roland. *cons. 25. n. 19. lib. 3.* Anton. Gom. *in l. 3. Taur. n. 22.* Valasc. *consult. 182. n. 6.* Vazq. *opusc. de Testam. cap. 1. § 2. dub. 1. n. 8.* Ægid. *in l. 1. Cod. de Sacrosf. Eccles. p. 1. § 6. n. 6.* cum alijs, quos refert; quia habilitare personam pertinet ad eum, cui persona subdita est: forenses autem non sunt subditi respectu Principis, in cujus territorio reperiuntur, nec statutum, aut lex talis territorij ad eos habilitandos dirigitur. Quod adeo verum est, vt neque si tales forenses ibi habeant aliqua bona, de illis testari, possint per leges ejusdem territorij; quia forenses non gaudent beneficio legum, aut statutorum territorij, in quo sunt, etiam quoad bona, quæ in eo habeant, vt verius esse affirmat Barbosa *in d. l. Exigere dotem, n. 47.* cum Rolando, Boerio, & alijs; quia res, & bona non considerantur, per se, nec in eis potest firmari jurisdictio, sed solum attenditur persona domini talium rerum, *l. Rescripto, § finali in fine, ff. de Muneribus, & honoribus,* ex ratione *l. Iustissime, ff. de Ædilitio edicto.*

98 Idem cum proportione dicendum est de vagis, qui nullibi habent domicilium, eos scilicet non posse facere testamentũ per leges regni, aut territorij, in quo reperiuntur, si aliàs non sunt habiles ad testandum. Vtrum verò sint alioqui habiles, nec ne? pendet ex illa quæstione. An facultas testandi sit de jure gentium, vel solum de jure ciuili? Nam si ea facultas est de jure gentium, non videtur dubitandum eos posse testa ri, vbicumque reperiantur, cum hoc jure cuncti gaudeant, quoad omnia, quibus non reperiuntur legitimè priuati per legem alicujus superioris. Si autem hæc facultas est solum de jure ciuili, fatendum omnino videtur, hos vagos testari non posse, quia cum nullibi habeant domicilium, vbique censentur extranei, & consequenter alieni à fauoribus, qui per leges ciuiles, & statuta locorum conceduntur: cum tales fauores solum extendantur ad eos, qui habent domicilium in loco, pro quo ipsæ leges sunt latæ, vt ex dictis constat.

Nec valet, si quis dicat, hos vagos, 99 quantumuis patriam omnino deseruerint, semper tamen in ea retinere domicilium, quod vocant, originis, cum hoc sit immutabile, *l. Assumptio, in princ. ff. Ad municipalem, & l. Origine, Cod. de Municipibus, lib. 10.* & ita si per leges illius loci factio testamenri conceditur, posse dictos vagos vbique hac concessione vti. Hoc, inquam, non valet, quia vbi quis à domicilio originis penitus recessit, non manet subjectus legibus illius, nec illud retinet quoad jurisdictionem, sed tantũ quoad munera, & honores, vt bene docent Barbosa, *in l. Hæres absens, §. Proinde, in articulo de Foro ratione originis, n. 109. & sequenti, ff. de Iudicijs,* Menoch. *de Præsumpt. lib. 6. præsumpt. 42. n. 5.* & Sanch. *lib. 3 de Matrim. disp. 23. n. 7. fine, & n. 8. in responsione ad tertium.* Et vero etiam respectu indigenarum, qui à patrio solo recesserunt, vera est regula, *l. Finalis, ff. de Iurisdict. omnium judic. & cap. 2. de Constitutionibus in 6.* Quod extra territorium jus dicenti non paretur impunè. Quod autem dicitur, domicilium originis esse immutabile, solum intelligitur quoad hoc, vt qui originem habet,

bet, v.g. in Lusitania, semper maneat Lusitanus, quantumuis patriam mutet, & Lusitanus esse nolit, vt constat *ex d.l. Assumptio.* Concluditur ergo, vagos non habere factionem testamenti per vllas leges Ciuiles, & sic decisionem quæstionis, an testari possint, nec ne? pendere ab illa; an factio testamenti sit de Iure gentium, vel tantùm de Iure Ciuili?

Præmittendum igitur quartò; licet
100 non sit improbabile, quod factio testamenti, seu facultas illud condendi est tantùm de Iure Ciuili: attamen longe verius est, illam esse de Iure gentium, vt resoluimus in *Proœmio hujus tractatus,* vbi rem hanc multis in vtramuis partem Doctoribus, & rationibus adductis, plenè discussimus.

101 His præmissis, facili negotio quæstioni principali in titulo propositæ per aliquot conclusiones satisfaciemus. Prima conclusio. Exteri, qui habent domicilium in regno, vbi commorantur, possunt testari per leges talis regni, perinde ac si essent originarij illius. Patet ex supradictis *n. 95.* vbi probatum est, alienigenas habentes domicilium in regno vbi versantur, gaudere omnibus fauoribus, & beneficijs, quæ subditis, & vassallis talis regni per illius leges, & statuta conceduntur. Vnde consequens est, gaudere etiam facultate testandi, quæ per eas leges conceditur. Quod procedit, etiamsi per leges suæ patriæ testari non possent, quia jam nullo modo illis subjiciuntur, etiam habitualiter.

102 Si quæras, vtrum etiam deportatus se conferens in alienum terrritorium, & ibi domicilium figens, possit testari? Respondet affirmatiue Ægid. *supra 1. part. §. 6. sub numer. 7. vers. Sed ego,* si in eo territorio tamquam ciuis originarius recipiatur. Ego verò censeo non oportere, quod recipiatur vt ciuis, sed sufficere, quod in eo territorio domicilium figat, & sit incola. Quia, vt tradit idem Ægid. & ante eum Peregrin. *lib. 3. de Iure fisci. tit. 5. sub. numer.* 10. *vers. Idem deportatus,* ex Fortunio, quem citat, deportatus non sit incapax jurium prouenientium ex legibus alterius Principis: vt autem quis talia jura, eorumque beneficia obtineat, satis est, quod domicilium figat, & sit incola in territorio talis Principis, vt ex dictis constat, & consequenter vti potest facultate testandi per ejus leges concessâ.

Idem, quod in deportato, sentit 103
Ægid. *supra* dicendum similiter in damnato ad mortem, & in quouis alio, qui ex damnatione seruus pœnæ effectus est, si in alienam prouinciam fugiens, jus ciuitatis, seu originarij ciuis in ea adipiscatur; cum hoc tamen discrimine, quod testamentum deportati, ciuis jam in aliena prouincia facti, valebit vbique, etiam in territorio, vbi damnatus est; quia ratio, ob quam antea testari non poterat, ea tantùm erat, quia ciuitatem per deportationem amiserat, & ea ratio penitus cessat, vbi in alio regno ciuitatem acquirit; testamentum autem ejus, qui ex damnatione effectus est seruus pœnæ, non valebit in territorio, in quo damnatus est, cum pro eo non appareat remotum obstaculum seruitutis, quo testamenti factio impeditur; nec alienus Princeps, à quo in ciuem receptus est, illud auferre potuerit respectu territorij, à quo testator aufugit. Hæc sententia non displicet. Addo tamen, idem tenendum esse, licet dicti condemnati non recipiantur tanquam ciues originarij, sed tantùm fiant incolæ per acquisitionem domicilij in regno alterius Principis; cum id sufficiat, vt gaudere possint beneficijs legum talis regni, ijs tantum exceptis, quæ pro solis originarijs fuerint concessa, vt supra notauimus *num. 95. & seq.*

Oppones, seruitutem ex damnatione 104
comitari personam instar lepræ, & excômunicationis, & sic vbique, vt scribit Barthol. *in l. Cunctos populos, n. 50. vers. Et Crederem, Cod. de Summa Trinit.* & in simili de pœna infamiæ, Glossa, *in l. Ex ea causa, verbo, Non irrogat, per eum*

eum textum, ff. de Postulando, ac proinde quocumq; seruus pœnæ se conferat, & domicilium figat, non liberari eâ pœnâ, & per consequens semper manere intestabilem, vt in specie concludit idem Bartholus *loco citato*. Respondeo, immeritò comparari à Bartholo illam seruitutem cum excommunicatione. Est enim longe diuersa ratio in his pœnis: nam excommunicatio, vbi semel incursa est, conseruatur, & habet suos effectus ex vi juris Canonici, quod vbique terrarum habet vim: & ideo etiam quando per peculiare statutum, aut sententiam alicujus Episcopi imposita est, qui eam semel incurrit, vbique illâ afficitur, *cap. Si quis à proprio*, 11. *q*. 3. Neq; eâ liberatur, nisi per legitimam absolutionem, vt est notissimum. At verò seruitus pœnæ producitur, & conseruatur per jus Ciuile, quod sub vnoquoq; Principe absoluto, seu superiorem in temporalibus non agnoscente, est distinctum, & saltem formaliter diuersum, vtpote totam vim habens à tali Principe, vt v.g. in Lusitania à Rege Lusitaniæ, & in Castella à Rege Castellæ; & ideo si damnatus ad mortem in Lusitaniæ, & ibi seruus pœnæ factus, in Castellam fugiat, & illic domicilium constituat, eo ipso libertatem recuperat, quia jus Ciuile Lusitanum non potest producere, & cõsequenter nec conseruare eam pœnam in diuerso regno, seu in reo, qui jam est incola diuersi regni, cum jam neq; ratione personæ, neque ratione territorij, in quo reperitur, subdatur jurisdictioni Regis Lusitaniæ. Vnde etiam non est simile exemplum lepræ.

105 Neque auctoritas Bartholi contrarium sentientis vllius est momenti hac in re; existimauit enim jus Ciuile, quo dicta seruitus irrogatur, vbique terrarum vim habere ex auctoritate Imperatoris Romanorum, quasi hic totius orbis esset dominus, vt scribit *in l. Hostes, ff. de Captiuis*. In quo proculdubio errauit, & maximè in eo, quod ibi addit, dicens, fortè hæreticum esse contrarium asserere; certum est enim Imperatorem, & consequenter jus Ciuile, vt ab eo vim habet, solum habere auctoritatem pro terris Imperij, cæterosque Reges, & regna illi non esse subjecta, neq; in eorum terris vllum jus Ciuile vim habere, nisi ex auctoritate ipsorum, vt ferè Doctores omnes, præsertim Theologi agnoscunt.

Quod vero Glossa *in d l. Ex ea causa*, 1
per illum textum dicit, pœnam infamiæ semper comitari personam, sicut lepra comitatur leprosum, intelligendum est juxta terminos illius textus, vbi solum agitur, quando pœna irrogata per præsidem vnius prouinciæ jus auferat, vel non auferat reo, pro alijs prouincijs eidem imperio subjectis. In quibus terminis certum est, pœnam infamiæ, & seruitutis ex damnatione in vna prouincia incursam, non cessare ex eo, quod reus se conferat in aliam eidem Principi subjectam; vt si damnatus Olyssippone se conferret in Brasiliam, ibiq; domicilium figeret. Secus autem, si se conferret v.g. in Castellam, & ibi fieret incola: tunc enim jus famæ, & libertatem, saltem pro eo regno, ac cæteris Lusitano Regi non subjectis, recuperaret, ad eum fere modum, quo is, qui bello justo in seruitutem redactus est, si fugiat, & ad suos reuersus sit, pristinam libertatem recuperat, §. *Item ea, Inst. de Rerum diuisione*, & communeDoctorum, qui paucis exceptis, tenent talem seruum licitè ad suos fugere, & pro foro etiam interno liberum manere, vt videre est apud Sanch. *lib*. 1. *Opusc. c*. 1. *dub*. 6. & Cardin. Lugo *tom*. 1. *de Iust. disp*. 6. *sect*. 3. *n*. 21. qui plures alios citant: additque Lugo *sub n*. 27. cum Lessio, talem seruum non solum manere liberum postquam ad suos reuersus fuerit, sed etiam vbi deuenerit in terras alterius Principis amici, vt quando Turca à nobis fugiens in aliquod Africæ regnum transit.

Opponi etiam potest contra superius 107
dicta, deportatos, & quicumque ciuitatem amiserunt, esse intestabiles, quamdiu ciuitatem non recuperant; cum amissio, & carentia ciuitatis sit ratio adæquata carendi factione testamenti, *l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Testament.* ciuitatem autem non recuperare

rare per hoc, quod acquirant domicilium in Regno alterius Principis, quia licet per acquisitionem domicilij fiant incolæ talis regni, non autem fiunt ciues, *l. Ciues, & ibi Glossa, Cod. de Incolis lib.* 10. Vnde cum habere ciuitatem videatur esse idem, quod esse ciuem, consequens est non sufficere acquiri domicilium in alieno regno, vt censeatur acquisita ciuitas, & facultas testandi. Ad hoc tamen respondeo, quando à jure dicitur, deportatos, & quosdam alios damnatos ciuitatem amittere, sensum esse amitti ab eis omnia, quæ sunt juris Ciuilis, vt declaratur *in l. Quidam sunt*, aliàs, *Sunt quidam, ff. de Pœnis.* Vnde cum non solum ciues, sed etiam incolæ cujusq; regni, gaudeant ijs, quæ sunt de jure Ciuili ejusdem regni, vt supra *num. 95.* ostendimus, satis est, quod quis in aliquo regno domicilium figat, & sit ejus incola, vt in eo ciuitatem acquirat, & sic habeat facultatem testandi secundum jus Ciuile talis regni, & hinc fortè prouenit, vt deportatus in ipso etiam loco deportationis, vbi perpetuò mansurus est, comparetur peregrino, vt *l. 1. C. de Hæred. instituend.* quia licet habeat animum perpetuo manendi in tali loco, tamen non gaudet beneficijs legum ciuilium illius, quibus gaudent incolæ; sed habet se vt peregrinus. qui non gaudet beneficijs legum ejus loci, in quo reperitur, vt tradidimus *d n. 95.* cum Barbosa, & alijs apud eundem. Quod etiam cum pluribus tradit Menchaca *lib. 1. de Successionum progressu §. 1. num. 124.*

108 Secunda conclusio. Peregrini, seu forenses, qui alibi retinent domicilium habitationis, possunt testari in territorio, vbi reperiuntur, si in suo domicilio per ejus leges testamentum facere poterant. Hanc conclusionem supponunt, vt communem, & certam Doctores omnes, qui docent forenses testari volentes, debere in actu testandi adhibere formam, & solemnitates præscriptas per leges territorij, vbi testantur. Et sumi potest ex *Auth. Omnes, Cod. Cõmunia de Successionibus*, vbi sic habetur. *Omnes peregrini, & aduenæ liberè hospitentur, vbi voluerint, & hospitati, si testari voluerint, de rebus suis liberam ordinandi habeant facultatem.* Hic tamen textus non videtur sufficiens; quia in primis solet accipi pro solis peregrinis, qui deuotionis causâ diuersa loca peragrant. Deinde, etiamsi accipiatur in latitudine, quam ejus verba sonant, solum probat conclusionem traditam quoad peregrinos, qui & habent domicilium in terris, vbi jus Ciuile Romanorum seruatur, & reperiuntur in loco, vbi idem jus receptum est: nam si alibi domicilium habent, non sunt subditi respectu talis juris, itaut per illud habilitari possint ad testandum si aliàs sint inhabiles, vt constat ex supra dictis *num. 97.* & cum in dict. textu caueatur, vt liberè hospitentur vbi voluerint, planè intelligitur de aduenis accedentibus ad locum, vbi illud jus potest obligare incolas, vt sinant eos ibi hospitari, quod non cadit nisi in locum illi juri subjectum. Tradita verò conclusio procedit vniuersaliter quoad omnes peregrinos vbicumque domicilium habeant, & quocumque accedant, & ideo aliter probanda est.

Propria ergo ratio mihi efficax est, 109
quia licet peregrinus, dum abest à territorio, vbi domicilium habet, non obligetur actualiter legibus illius, itaut teneatur illis parere, vt est communior, & probabilior sententia per textum *in l. finali, ff. de Iurisd. omn. judicum. & in cap. 2. de Constitutionibus in 6.* attamen solum pro tunc desinit esse subjectus illis legibus quoad actus externos, & gubernationem morum, in quibus potius debet conformari cum legibus, & moribus territorij, in quo reperitur juxta illud, *Cum fueris Romæ, &c.* quam cum legibus territorij, vbi domicilium habet: non autem desinit esse actualiter subjectus quoad ea, quæ per modum habitus, & potentiæ, vel impotentię personam immediatè afficiunt, nec aliquẽ speciale locũ respiciunt, vt est habilitas, vel inhabilitas ad testãdũ similes ve actus faciẽdos, cũ sit simpliciter persona subdita respectu talium legum, seu Principis ejusdem territorij, à quo

illæ vim habent, nec sit vlla ratio, quæ illum quoad hæc ab efficacia, & effectu earum legum subducat: siquidem ea, quæ per modum habitus personam afficiunt, non inducunt difformitatem morum, ob quam inter aduenas, & incolas ejusdem loci vitandam, visum fuit, vt nemo teneretur seruare leges sui domicilij, quandiu ab illo abesset. Quo fit, vt etiã quoad actus, qui tam per leges proprij domicilij, quam alieni, in quo reperitur, præcepti sunt, non maneat forensis deobligatus à legibus sui domicilij seruandis, vt est communis sententia; cum in his cesset dicta ratio difformitatis. Stat ergo, quod peregrinus, qui in loco sui domicilij, per illius leges erat habilitatus ad testandum, etiam in territorio alieno eam habilitationem retinet, & testari in eo potest, licet in ipso actu testandi debeat se conformare cum legibus talibus territorij, seruando formam, & solemnitates, quæ per illas præscribuntur, vt alibi ostendendum est. Quod citra omnem dubitationem procedit, quando incolæ similis conditionis in illo territorio permittuntur testari; cum in tali casu nulla prorsus ratio appareat, cur aduena non possit ibi vti habilitatione, & facultate testandi, quæ ipsi per leges sui territorij conceditur.

110 Vlterius verò addo, idem procedere, licet dictus forensis reperiatur in loco, vbi incolis similis conditionis non permittitur testari, vt si filiusfamilias habens domicilium in Castella, vbi ejusmodi filijs permittitur, vt testari possint de bonis Aduentitijs, reperiatur in Lusitania, vbi id non permittitur. Hunc enim testari posse juxta facultatem, quam leges sui domicilij ei concedunt, nihil obstante, quod in loco, vbi reperitur, id incolis denegatur, mihi facilè ex proxime dictis persuadeo, nam cum per aduentum in talem locum non amiserit facultatem, seu habilitationem ad testandum, quam per leges sui territorij habebat, vt probatum est, consequens est, vt etiam in ipso loco alieno sit simpliciter persona habilis ad testandum: ergo testari poterit, & valebit testamentum, quod in tali loco fecerit, non obstante, quod incolæ similis conditionis non possint in eo testari. Nã quod v.g. filijfamilias non possint in hoc regno testari, non prouenit ex eo, quod actus testandi sit in se immediatè illis prohibitus, sed quia tales personæ sunt redditæ inhabiles ad testandum: vnde, sublatã eã inhabilitate, seu concessã eis habilitatione ad talem actum, nihil vetat, quominus illum exercere valeant, vndecumque talem habilitationem habeant. Addo præterea, licet daremus actum testandi esse per se immediatè prohibitum filijsfamilias in hoc Regno adhuc filiumfamilias forensem, qui per leges sui regni est habilis ad testandum, posse in hoc Regno talem actum validè, ac licitè exercere, non solum juxta probabilem sententiam, quod forenses, & peregrini non tenentur legibus loci, in quo reperiuntur, sed maximè, quia esto Princeps loci, in quo reperiuntur, posset illis prohibere actum testandi, quemadmodum incolis, tamen non debet intelligi eam fuisse illius mentem, vt in simili docet Suar. *lib. 8 de Leg. c. 26. n. 16. vers. Addo secundo.* Neq; placet limitatio, quam ponit Anton. Gom. *in l. 5. Taur. n. 2.* dicens, filium familias Castellanum existentem in alio regno, quo solũ posse testari de Aduentitijs, quæ habet in Castella, vbi id permittitur, non autem de ijs, quæ habet in alio Regno, per cujus leges id non permittitur. Qua de re vide quæ dicam *sect. seq. num.* 130.

Tertia conclusio. Vagi, seu forenses, qui nullibi habent domicilium, quouis in loco testari possunt. Hæc conclusio non modicam patitur difficultatem; quia tales forenses sunt *Apolides*, idest, sine ciuitate: nam cum nullibi habeant domicilium, ad nullam spectant ciuitatem, & consequenter à jure Ciuili cujusque ciuitatis sunt alieni, quod nihil est aliud, quam carere ciuitate: qui autem ciuitate carent, testari non possunt, vt omnes fatentur, & habetur *l. Ejus qui, §. Si cui, ff. de Testament.* Preterea hi vagi eo ipso, 111

quod

quod nullibi habent domicilium sunt peregrini respectu cujusque ciuitatis, & loci: tales autem peregrini carent factione testamenti, ac cæteris, quæ sunt de jure ciuili, quemadmodum deportati, qui ejusmodi peregrinis comparantur *l. 1. C. de Hæred instituend. & l. Sed si hæc §. Libens, ff. de In jus vocand.* Et ita quicumque apud nos peregrinatur domicilium non habens in aliquo loco juri ciuili subjecto, intestabilem esse tradit Menchaca *lib. 1. de Successionum progressu §. 1. nu. 124. & seqq.* vbi addit, neque inter liberos, neq; ad pias causas eum posse testari: posse tamen facere donationem causâ mortis, incipiendo à traditione. Et eandem sententiam quoad peregrinos nullibi domicilium habentes, sequi tenentur, qui sentiunt testamenta non esse de jure gentium, sed tantum de jure ciuili, vt cõstat ex supra dictis *num.* 98. Idem autem Menchaca *n.* 148. hanc suam sententiam limitat, & explicat, vt non procedat de jure Canonico cũ hoc jus per totum orbem se diffundat, & nemo respectu illius censeri possit peregrinus, idest à canonica jurisdictione exemptus; proindeque in terris Ecclesiæ cujusque peregrini testamentum valere, & similiter in terris aliorum principum, si res apud judicem Ecclesiasticum agatur; secus verò si apud Sæcularem. Quod an consequenter dictum sit, alij viderint.

112 Nobis certe tradita conclusio simpliciter, & absolutè amplectenda est, supposita communi opinione à nobis probatâ, & admissâ, quod facultas testandi est de jure gentium. Inde enim planè consequitur, vt etiam Menchaca supra citatus agnoscit, dictos peregrinos testari posse. Quod facilè declaro: nam jus gentium ita est vniuersale, vt quilibet, & quouis loco eo vti possit, nisi aliqua justa lege impediatur, aut eo priuetur: nulla autem est lex, quæ peregrinos nullibi habentes domicilium vniuersim priuet, aut priuare possit facultate testãdi dicto jure illis cõcessâ, vt mihi sufficienter probatur, tum ex d. Auth. *Omnes peregrini, Cod. Cõmunia, de Successionibus*, vbi absolutè caueatur, vt omnes aduenæ liberam habeãt testandi facultatem: *tũ ex §. vlt. Inst. de Hæredib. instituend.* vbi peregrinantes dicũtur posse institui hæredes; quod in subjecta materia verũ non esset, si factione testamenti actiua priuati essent: tum etiã ex *l. 1. C. de Sacros. Eccles.* vbi Constantinus Imperator profitetur, nihil esse, quod magis hominibus debeatur, quã vt supremæ voluntatis, postquã aliud velle nõ possũt, liber sit stylus. Vnde infero, injustam, & nullã fore legem, qui dictis peregrinis vsũ testandi interdiceret, cũ illos re ipsis debitã sine causa priuaret. Cõfirmo præterea eandem resolutionẽ ex dictis pro præcedenti conclusione; nã si peregrinus, qui alicubi habet domiciliũ, & in eo per leges talis loci est habilis ad testandum, potest validè testari in quouis loco, vbi reperitur, ratione facultatis, & habilitationis, quã leges sui territorij ei cõcedunt, à fortiori in quouis etiã loco tam ipsi, quã cæteri omnes peregrini testamentũ facere possunt ex facultate testandi, quæ per jus gentium omnibus concessa est, vt supponimus, eum hoc jus vbiq; locum habeat, & omnes illo vti possint, nisi specialiter in aliquo casu legitimè sint excepti; vel priuati. Et ita quod peregrini ex bona causa, aut saltẽ non malâ, quales sunt, de quibus loquimur, factionẽ testamenti habeant, tenẽt Glossa 1. *in d. Auth. Omnes peregrini*, & ibi Odofredus *Cod. Communia, de Successiòn.* Bald. *in l. 1. num. 1. Cod. de Hæred. instituend.* & alij ibi, qui omnes solum à factione testamenti excludunt peregrinos ex deportatione, aut aliã mala causa, ex qua per leges ciuitatem amittunt.

113 Ex quibus non obstant in contrarium *nu.* 111. adducta. Respondemus enim, quando in Jure dicitur eos, qui carent ciuitate, non habere factionem testamenti, id intelligi de ijs, qui per leges ciuitate priuati sunt ex aliqua mala causa, ob quã remouentur ab omni ciuilitate, & protectione juris, tanquã si essent mortui: hinc enim necessariò manent incapaces faciendi actus legitimos, & ciuiles, vt testamentum, & cæteros omnes, qui non sunt vali-

validi absque adminiculo, & solemnitatibus juris. Non autem intelligitur de ijs, qui non per leges, sed sponte sua carent actualiter ciuitate, quales sunt peregrini, & vagi, de quibus loquimur. Hi enim in tantum dicuntur esse *Apolides*, & sine ciuitate, in quantum nolunt subjici legibus vllius loci, figendo in aliquo sedem, & constituendo se illius incolas: vnde quantum est ex parte legum, seu juris ciuitatis, in qua reperiuntur, non habentur pro mortuis, & sic non sunt incapaces faciendi ibi testamentum, & alios actus ciuiles, ad quos aliàs sunt habilitati: nam licet non sint habitualiter subditi respectu talium legum, tamen si aliunde sunt habiles ad illos actus, & eas velint exercere, seruando solemnitates, & formam legibus illius ciuitatis præscriptas, tales leges illis non resistunt, sed potius assistunt, cum vniuersaliter statuant, vt quicumque fuerit habilis, v.g. ad testandum, faciat testamentum eum tali forma, & solemnitatibus; nec dubium quin sub ea generalitate comprehendant etiã forenses, & peregrinos, vt Doctores communiter sentiunt, dum absolutè asserunt, forenses debere in suis testamentis seruare solemnitates præscriptas legibus loci, in quo reperiuntur: quod non stat, nisi tales solemnitates pro ipsis etiam forensium testamentis præscriptæ sint. Quod si aliquis contendat, non esse pro illis præscriptas, adhuc non sequitur talia testamenta esse irrita; quia in tali casu manent in puris terminis juris gentium, & cum sola ejus solemnitate valent, siquidem nulla legum solemnitas pro illis est præscripta, vt supponitur.

114 Ex dictis circa præcedentes conclusiones facilè erit respondere ad eam quæstionem, quam disputauit Ægidius *in l. 1. C. de Sacrosf. Eccles. p. 1. §. 6. à n. 4.* & nos tetigimus in fine sectionis præcedentis. Verum scilicet, qui priuatur jure naturalitatis, quod in regno patrio habebat, maneat intestabilis? Dicendum est enim, quando aliquis solum priuatur jure naturalitatis, non amittere factionem testamenti, etiam in ipso regno patrio, si domicilium in eo retineat, quia per talem pænam solum amittit priuilegia, beneficia, gratias, & exemptiones, quæ jure, aut consuetudine competunt ciuibus originarijs talis regni, non autem ea, quibus etiam exteri gaudere possunt, si domicilium in eo figant: ergo cum hi exteri possint testari juxta illius leges ratione domicilij, & incolatûs, quod in illo habent, vt in prima conclusione dictum est, consequens est, vt etiam originales, qui solũ jure naturalitatis priuati sunt, testari similiter possint per leges illius, si domicilium in eo retineant. Si autem domiciliũ mutent, tunc jure regni patrij juuari non possunt ad testandum; at testari possunt per leges loci, in quem domicilium transtulerunt, licet ibi non recipiantur in ciues, vt ex dictis pro eadem prima conclusione constat, & tradit in simili Peregrin. *lib. 3. de Iure fisci tit. 7 n. 27.* vbi cũ alijs docet, bannitum ab vno rege, vel in vna prouincia, non amittere jura in alio regno, vel prouincia. Quod si nullibi fixerint domicilium, tunc etiam in quouis loco testari possunt ex facultate juris gentium, quemadmodum cæteri vagi, de quibus in tertia conclusione dictum est.

Si autẽ priuationi naturalitatis adjiciatur publicatio bonorũ, vt fit in hoc regno: quando aliquis vassallus impetrat rescriptum Pontificium contra priuilegia Regi, aut Reginæ à Summis Pontificibus concessa, de quo sic habetur *lib. 2. Ordin. tit. 15. Por esse mesmo feito o hauemos por desnaturado de nossos reinos, & senhorios, pera em nenhum tempo poder hauer nelles honras, dignidades, officios, nem beneficios, & perderàm qualquer fazenda, que tiuerem, & legitima, que esperarem herdar.* In hoc casu majus dubium esse potest, an talis reus amittat jus testãdi, quod habebat per leges patrias? At neque in tali casu illud jus amitti, tenendum nobis est, juxta doctrinam grauium Doctorum circa bannitos, qui non possunt impunè offendi, à quibus parum, aut nihil differunt exnaturati, de quibus nunc loquimur. Bannitio enim dicitur quasi itio, seu ejectio à bono publico, & est inuenta 115

ad

ad similitudinem excommunicationis, vt quemadmodum per excommunicationem quis ejicitur, & separatur à communicatione Ecclesiæ, sic per bannitionem ejiciatur extra bonum publicum, idest, gaudere non debeat auxilio reipub. nec officijs publicis, nec jurisdictione judicis adjuuetur, prout hæc omnia tradit Bald. *in l. 1. n. 4. & 5.* & attigit Peregrin. *d. tit. 7. sub n. 7. vers. Et ista conclusio, & n. 36.*

116 Quando autem quis bannitur, non addito, quod possit impunè offendi, non solum retinet ea, quæ sunt juris communis, (quibus etiam regulariter non priuantur, qui possunt impunè offendi, juxta communem sententiam) sed etiam retinet jura propria suę ciuitatis, licet sit bannitus cum publicatione bonorum, vt cum alijs tradunt Peregrin. *d. tit. 7. n. 5. & 6.* & Farinac. *in Praxi crimin. q. 102. n. 81.* talis enim non censetur hostis ciuitatis, & ideo jus ciuitatis retinet, non obstante, quod ejus bona publicentur; quia cum ea pæna sit stricti juris, non extenditur vltra illius terminos, & sic non operatur, vt damnatus jura ciuitatis amittat, nec illum reddit incapacem acquirendi in posterum alia bona, de quibus per leges ejusdem ciuitatis testari possit; nam licet, quando agitur de modico præjudicio, actus extendatur ad futura, vt in hypotheca bonorum *l. finali Cod. Quæ res pignori obligari possint*; tamen quando agitur de magno præjudicio, vt in publicatione bonorum, non extenditur ad bona futura, nec ille, contra quem actum est, testari de bonis futuris prohibetur, vt bene docet Anton. Gom. *in l. 4. Taur. n. 4.* Similiter ergo exnaturatus cum publicatione bonorum capax manet acquirendi alia bona, & de illis testari potest secundùm leges suæ ciuitatis, seu regni, cum illius juribus priuatus non sit, nisi tantum quoad officia, beneficia, & honores, vt de bannito dictum est.

(:)

SECTIO IV.

Vtrum filiusfamilias testari possit, præsertim si sit clericus?

SUMMARIUM.

Regula est, filium familias testari non posse, etiam de consensu patris quod procedit etiam in filio familias legati, qualis est arrogatus, n. 117.

Filiusfamilias pubes testari potest de bonis Castrensibus; & quænam talia sint bona? num. 118.

Filiusfamilias clericus potest ex priuilegio in Auth. Presbyteros 1. C. de Episc. & cleric. testari de omnibus bonis, quæ in ejus dominium venerunt, perinde, ac si essent Castrensia, n. 119. Dictum priuilegium non habet locum in bonis Aduētitijs filijsfamilias ante clericatū acquisitis, n. 120. Vtrum habeat locum in omnibus bonis, quæ filiofamilias post clericatum aduenerint, vel solum in eis, quæ fuerint acquisita ratione clericatus? num. 121. An dictum priuilegium intelligatur etiam de bonis Profectitijs, quæ filio post clericatum aduenerunt: & quæ bona dicantur Profectitia? n. 122. & seq.

Bona, quæ pater filiofamilias donauit, vt essent patrimonium ad ordines suscipiendos, sunt quasi Castrensia, & pertinent ad ipsum filium, tam quoad proprietatem, quam quoad vsumfructum, & administrationem; potestque de illis testari si modo causa subsecuta sit, numer. 123.

Dictum priuilegium testandi de bonis post clericatum acquisitis filijsfamilias concessum locum habet in omnibus clericis, etiam primæ tonsuræ, n. 124. Id aliqui restringunt, vt non procedat de clericis primæ tonsuræ, vel ordinum minorum, nisi habeant omnia requisita per Trident. ad gaudendum priuilegio fori, n. 125. Hæc tamen restrictio rejicitur, n. 126. Hoc tamen priuilegio non gaudent clerici conjugati, ibid.

Regula generalis est, filium familias testari non posse, etiam de consensu patris. Sic expresse habetur *in l. Qui in potestate, ff. de Testament.* Cujus variæ, nec satis congruæ à Doctoribus assignantur rationes, vt videre est apud Anton. Gom. *in l. 5, Taur. n. 1.* & Ægid, *in l. 1. Cod. de Sacrosf. Eccles. p. 1. §. 7. n. 1. & 2.* Nobis tamen sufficit, quod ita scriptum est, & hodie etiam in praxi seruatur. Nec solum procedit hæc regula in filijs familias naturalibus, sed etiãm in legalibus, idest, in ijs, qui per arrogationem transierunt in potestatem, & familiam alterius, nam hi etiam, dum arrogatio non dissoluitur, factionem testamenti non habent. *l. Conficiuntur*, 8. *§. Si post factũ, ff. de Iure codicil.* adeoque sunt intestabiles, vt si ante arrogationem, cum sui juris essent, testamentum fecissent, irritum fiat ipso jure, vbi se in arrogationem dederunt *l. pen. §. Testamentum, ff. de Bonor. possess. secundum tab.* Nonnullæ tamen limitationes dictæ regulæ sunt adhibitæ, quas in præsenti explanabimus. 117

Primo igitur limitatur, vt non procedat in filiofamil, quoad bona Castrensia, vel quasi Castrensia, si illa habeat: de his enim testari potest vt habetur *Inst. Quibus non est permissum facere testamentũ in princ. & l. finali Cod. de Testam. & Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 81. §. 4.* Quod intelligitur, dummodo sit pubes, vt bene aduertit Mol. *disp.* 138. *n.* 1. & patet, quia impubes omnino repellitur à faciendo testamento ob defectum maturi judicij, *§. Impubes, Inst. Quibus non est &c. & alijs juribus.* Sunt autem bona Castrensia, quæ fuerunt acquisita in castris, seu occasione militiæ. Quasi Castrensia verò dicuntur, quæ acquiruntur ex aliquo offi- 118

cio

do publico, vt judicis, aduocati, tabellionis, medici, magistri, seu professoris alicujus artis liberalis, & à fortiori alicujus scientiæ superioris, vt Theologiæ, juris Pontificij, aut Cæsarei, vel Medicinæ, aut ex quauis alia administratione publica, propter quam publicum stipendium sit statutum, vt ex varijs juribus tradunt Mol. *tom.* 1. *de Iust. disp.* 231. *n.* 2. & Clauis Regia *lib.* 9. *c.* 16. *n.* 16. Ad ejusmodi etiam bona spectant; quæ licet occasione publici officij acquisita non sint, tamen per aliquam legem sunt specialiter priuilegiata, vt habeantur tanquam in castris acquisita: de quibus in particulari diximus *in tract. de Restit. bonorum externorum*, & videri potest præ alijs Caldas *in l. Si curatorem, verbo. Læsis, a n.* 98. & Mol. *d. disp* 231. *à n.* 2. Nota verò quanuis filiusfamilias posit de prędictis bonis testari, tamen semper debere manere saluam partem legitimam; quę parentibus, vel descendentibus debetur, vt est communis sententia. Vtrùm verò, si talis filius parentes, aut descendentes prætereat, vel sine causa exhæredet, tale testamentum rumpatur, vel subjaceat querelæ inofficiosi? suo loco ventilabimus: interim videri potest Caldas *d. verbo. Læsis, n.* 111. & Mol. *d. disp.* 231. *numer.* 6. *&* 7.

119 Secundò limitatur specialiter in filijsfamilias clericis per *Auth. Presbyteros*, 1. *Cod. de Episcopis, & clericis*, vbi sic haberur *Presbyteros autem, Diaconos, & subdiaconos, cantores, & lectores, quos omnes clericos appellamus, res quolibet modo ad eorum dominium venientes habere sub sua potestate præcipimus ad similitudinem Castrensium peculiorum, & donare secundum leges, & in his testari, licet sub parentum sint potestate: sic tamen, vt horum filij, aut his non existentibus, parentes eorum legitimam ferant partem.* Quod priuilegium indultum etiam est *in l. Sacrosanctæ*, 32. *Cod. eodem*, vbi licet solum agatur de Episcopis, presbyteris, & Diaconis; tamen vt ibi aduertit Gloss. *verbo. Diaconos*, ad alios clericos extensum est per *d. Auth. Presbyteros*. Itaq; per has leges certum est, filiosfamilias clericos testari posse de omnibus rebus, quæ in eorum dominium veneiunt, perinde ac si essent bona Castrensia. Quanuis enim ejusmodi leges agentes specialiter de clericis vim non habeant vt latæ ab Imperatore, eam tamen habent ex tacita approbatione Summorum Pontificum, & Ecclesiæ, vt cum alijs aduertit Sanch. *tom.* 2. *in Decalog. lib.* 7. *c.* 13. *num.* 23. *fine*. Debet autem id intelligi, quatenus dictæ leges juri Canonico non repugnant: vnde manet salua dispositio *cap. Quia nos, de Testam.* vbi clericis interdicitur testari de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis. De qua prohibitione inferius *sect.* 6. *§.* 9. *&* 10. agendum est.

Circa dictum autem priuilegium, seu decisionem *d. Auth. Presbyteros*, dubitatur primo, an locum habeat in bonis Aduentitijs filijfamilias ante clericatum acquisitis; ita vt assumpto clericatu maneant quasi Castrensia, & sic posit filius clericus de illis testari, nec pater in eis retineat vsumfructum? Affirmatiuæ parti fauent aliqui Doctores, quos refert Sanch. *d. c.* 13. *n.* 25. & Lugo infra citandus. At oppositum est omnino tenendum, dicendumq; ea bona manere adhuc Aduentitia, nec dictam Auth. locum in eis habere. Sic Nauarrus *tom.* 2. *de Regularib. num.* 55. Mol. *disp.* 138. *num.* 5. Caldas *in l. Si curatorem, verbo. Læsis, sub n.* 105. *§. Poßet verò, vers. Vtcumq; tamen sit, & num.* 130. *§. Defensa igitur, vers. Vertitur enim*, Ægid. *in l.* 1. *C. de Sacrosf. Eccles. p.* 1. *§.* 7. *num.* 10. *ad finem*, Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *num* 67. & multi alij, quos citat, & sequitur Sanch. *supra num.* 26. Patet tum ex ipso textu *d. Auth.* nam loquitur de bonis ad dominium clericorum venientibus: bona autem ante clericatum acquisita non venerunt in dominiũ clerici, sed laici; tũ ex *d. l. Sacrosanctæ* ibi: *Quæcumq; in eodem clericatus gradu, locoq; viuentes acquirere, & habere potuerint.* 120

121 Dubitatur secundò, an decisio *d. Auth.* locũ habeat in omnibus bonis, quæ filiofamilias post clericatum aduenerint? Multi

Multi sentiunt solum habere locum in rebus illi aduenientibus ratione ordinis clericalis. Nam licet *d. Auth.* loquatur generaliter, tamen intelligenda videtur de bonis acquisitis à clerico, tamquam clerico, & sic ratione ordinis clericalis, non autem de acquisitis alia ratione, cum in his non differat à laico, & confirmatur, quia bona, de quibus *d. Auth.* loquitur, dicuntur quasi Castrensia, ad similitudinem Castrensium, quę à militibus, in castris acquiruntur: non sunt autem Castrensia quæcumq; acquiruntur à militibus, etiam in castris existentibus, sed ea tantùm, quæ ratione militiæ comparantur: ergo similiter non erunt quasi Castrensia quæcumq; acquiruntur à clerico, sed ea solum, quæ acquiruntur ratione clericatus. Pro hac opinione pugnat latè Caldas *in l. Si curatorem, verbo, Læsis, sub num.* 131. *vers. Quæ Doctorum traditiones, & seqq.* vbi in vers. *Ex quibus*, concludit, hanc esse veriorem sententiam. eandem tenet Anton. Gom. *in l* 48. *Taur. num.* 7. vbi plures pro illa refert: alios etiam idem tenentes allegat Sanch. *tom.* 2. *in Decalog lib.* 7. *c.* 13. *n.* 30.

Verior nihilominus, & communissima sententia est, decisionem *d. Auth.* procedere de omnibus bonis, quæ in laico essent Aduentitia, & à filiofamilias jam clerico fuere acquisita, siue ratione clericatus, siue aliunde: & sic de omnibus illis posse talem filium disponere ad similitudinem Castrensium, nec patrem in in illis habere vsumfructum. Ita Mol. *d. disp.* 138. *n* 6. *& disp.* 231. *n.* 4. Ægid. *d.* §. 7. *num.* 10 & alij innumeri, quos citat, & sequitur Sanch. *d c.* 13. *num.* 31. Probatur facilè ex verbis *d. Auth. Presbyteros*, ibi, *Res quolibet modo ad eorum dominium venientes.* Et præterea, quia hoc priuilegium concessum est clericis ratione dignitatis, & meritorum, vt constat *ex d. l. Sacrosanctæ*, ibi, *Qui semel probatis moribus, integritate castissima, ad hunc gradum peruenire meruerunt.* Quæ ratio respectu omnium bonorum procedit. Ex quibus apertè corruit fundamentum contrarię sententiæ. Nec est simile exemplum de bonis acquisitis per milites: quia illis non conceditur absolutè priuilegium quoad omnia bona, quæ acquisierint, postquam militiæ fuerint adscripti, sed solum quoad ea, quæ in castris acquisierint: clericis autem simpliciter conceditur dictum priuilegium quoad bona, quæ vllo modo post clericatum in eorum dominium aduenerint.

Dubitatur tertiò, Vtrum idem dicendum sit de bonis, quæ in laico essent Profectitia? 122 Differunt enim valde bona Profectitia ab Aduentitijs, de quibus superior resolutio procedit. Nam Profectitia sunt, quæ proueniunt ex rebus, & substantia patris, aut proxime, & principaliter ejus causâ filio donantur, & non habent aliunde, quod sint Castrensia, vel quasi Castrensia: Aduentitia verò dicuntur, quæ neque sunt Castrensia, vel quasi Castrensia, neque ex rebus patris, aut principaliter occasione illius à filio comparantur, sed aliunde, vt donatione, legato, successione materna, operâ propriâ, &c. prout hæc omnia tradit Sanch. *supra n.* 24. & latius explicat Mol. *disp.* 232. *&* 233. Dubitatur ergo in præsenti, an etiam bona Profectitia post clericatum acquisita censeantur quasi Castrensia, & sic possit filius de illis disponere, quemadmodum proximè de Aduentitijs dictū est? Affirmatiuæ parti subscribere videntur nonnulli Doctores, quos refert Sanch. *d. cap.* 13. *num.* 27. & potest suaderi ex verbis *d. Auth.* cum loquatur generaliter, ibi, *Res quolibet modo, &c.*

123 At oppositum tenendum est, scilicet, nihil esse innouatum circa bona ad clericum peruenientia, quæ in laico essent Profectitia, sed ea omnia etiam post clericatum obtenta censeri peculium Profectitium, ac proinde pertinere ad patrem quoad proprietatem, & vsumfructum, nec filium de illis testari posse. Ita Panormit. *in Rubr. de Peculio clericorum num.* 2. Syluest, *verbo Peculium* 1. *q.* 2. *ad finem.* Gregor. Lopez *in l.* 2. *fine tit.* 21. *partit.* 1. & plures alij, quos citat, & sequitur Sanch. *lib.* 7. *in Decal. cap.* 13. *num.* 28. qui id probat, tum ex auctoritate

tate Doctorum. qui communiter dictum priuilegium clericorum explicant, & intelligunt de solis bonis, quæ aliàs essent Aduentitia; tum maximè, quia in *d. Auth. Presbyteros* solum agitur de bonis, quorum dominium clericus acquirit, ibi, *Res ad eorum dominium venientes*: peculij autem Profectitij non acquiritur dominium filiofamilias. Nota verò, bona, quæ pater filiofamilias donauit, vt essent patrimonium ad ordines suscipiendos, licet aliqua ratione computentur inter Profectitia, quatenus scilicet talis filius tenetur ea adducere ad partitionem cum alijs fratribus; attamen esse simpliciter quasi Castrensia, & sic tam quoad proprietatem, quam quoad vsumfructum, & administrationem ad illum pertinere, posseque de illis testari, vt bene aduertit Mol. *disp.* 138. *& disp.* 231. *num.* 4. & cũ multis alijs Sanch. *d. c.* 13. *num.* 29. Quod tamen intelligendum est, dummodo causa subsecuta sit. Nam si receptio ordinũ non subsequeretur, non essent talia bona quasi Castrensia, sed redirent ad patrem ob causam non sequutam, vt idem Sanch. & alij notauerunt.

124 Dubitatur quartò, An dictum priuilegium locum habeat in omnibus clericis, etiam primæ tonsuræ? Aliqui sentiunt, hoc priuilegium solum competere clericis in sacris ordinibus constitutis; quia *in d. l. Sacrosanctæ, Cod. de Episcop. & cleric.* pro his tantum reperitur concessum, sic docent Ripa, Viglius, Salzedo, & alij apud Sanch. infra citandum. Dicendum tamen est, competere omnibus, etiam primæ tonsuræ, quam sententiam tenent Guilielmus Bened. *in cap. Raynutius, verbo, Matrem, numer.* 20. *&* 21. Couar. *in cap. Quia nos, num.* 3. *de Testam.* Menchac. illum sequens *lib.* 3. *de Successionum creatione* §. 30. *num.* 109. Mol. Jurista *lib.* 1. *de Primog. cap.* 19. *num.* 26. & alij innumeri, quos citat, & sequitur Sanch. *lib.* 7. *in Decal. cap.* 13. *num.* 33. Probatur ex *d. Auth. Presbyteros*, tum quatenus in ea dictum priuilegium conceditur nominatim cantoribus, ibi: *Subdiaconos, cantores, & lectores.* Cantor enim, seu quod idem est, Psalmista, *cap. Psalmista, dist.* 26. ibi, *Psalmista, idest, cantor*, est initiatus primâ tonsurâ, vt tradunt Glossa *in cap. Cum contingat, verbo, Abbati, de Ætate, & qualitate*; Decius *in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, in noua editione, num.* 22 *de Constitutionib.* Jus Castellæ, *in l.* 11. *tit.* 6. *partit.* 6. & Greg. Lopez *eodem tit.* 6. *in summa, verbo, Nueue ordenes.* Tum quatenus in verbis sequentibus dictum priuilegium conceditur clericis indistinctè, ibi: *Quos omnes clericos appellamus.* Nomine autem clericorum veniunt etiam solâ primâ tonsurâ initiati *cap. Cleros, & cap. Clericos, dist.* 21. *& cap. De persona* 11. *q.* 1. Glossa *cap.* 2. *verbo. Clericos, de Præbendis.* Quod saltem in fauorabilibus non est dubitandum, prout tradunt Abbas, Rosel. Angel. Syluest. & alij apud Sanch. *supra.* Nec refert, quod *in d. l. Sacrosanctæ*, conceditur hoc priuilegium solis Episcopis, Presbyteris, & Diaconis: nam *in d. Auth. Presbyteros*, ad omnes clericos extenditur, vt jam supra notauimus cum Glossa *in eadem l. Sacrosanctæ, verbo, Diaconis.*

Aliqui hujus sententiæ auctores eam 125 restringunt, vt non procedat in clericis primæ tonsuræ, vel ordinum Minorum, nisi habeant omnia requisita per Tridẽt. *sess.* 23. *cap.* 6. *de Reformat.* ad gaudendũ priuilegio Fori; quæ sunt habere beneficium Ecclesiasticum, vel deferendo habitum, & tonsuram, deseruire alicui Ecclesiæ de mandato Episcopi, vel versari in seminario clericorum, aut in aliqua Schola vel Vniuersitate de licentia Episcopi, quasi in via ad Maiores ordines suscipiẽdos. Ita sentiunt Mol. *disp.* 138. *num.* 4. *& disp.* 231. *num.* 4. Ægid. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. p.* 1. §. 7. *num.* 11. *fine*, Caldas *in l. Si curatorem, verbo, Læsis, n.* 105. & alij. Probant, quia licet Trid. loco citato solum loquatur de priuilegio Fori, tamen eadem, aut maior ratio est de cæteris priuilegijs, vtpote quę facilius amittuntur, vt patet in clerico conjugato, qui cum gaudeat priuilegio Canonis, & Fori, si quasdam conditiones seruet, alijs tamen non gaudet. Mol. verò recurrit ad con-

consuetudinem, quam dicit esse, vt clerici in Minoribus prædicta requisita non habentes hoc priuilegio non gaudeant.

126 Hanc tamē restrictionem merito rejicit Azeuedus *lib. 5. Nouæ Recopilat. tit. 1. l. 8. num.* 10. & Sanch. *d. cap.* 13. *num.* 35. Quia priuari clericos priuilegijs sibi concessis est odiosum, ac proinde minime extendendum vltra casus expressos: vnde cum Trident. solummodo expresserit, vt clerici in Minoribus non gauderēt priuilegio Fori, nisi dictas conditiones haberent, non debet id extendi ad cætera priuilegia. Quo eodem argumento Nauar. *lib. 5. Cons. in 2. edit. tit. de Priuileg. cons.* 24. & Gonzales *in reg.* 8. *Cancellar. Gloss.* 5. §. 5. *num.* 6. *& seqq. & Glossa* 53. *num.* 55. probant in eo Trident. decreto non auferri priuilegium Canonis à clericis dictas conditiones non habentibus, cum sit distinctum à priuilegio Fori; & ita decisum esse per Congregationem Cardinalium testatur Gonzales *d.* §. 5. *num.* 7. Vnde etiam Mol. *tom.* 3. *de Iust. disp.* 671. *sub num.* 5. *vers. Solum ergo*, & Azeuedus *lib.* 9. *Nouæ Recopil. tit.* 18. *l.* 6. *num.* 6. docent cætera priuilegia clericorum relicta fuisse illæsa à Tridentino in d. decreto. Quod inde etiam constat; nam quando Pontifex vult auferre alia priuilegia, id exprimit, *vt in cap. vnico, de Clericis cōjugatis, in* 6. quod Trident. confirmat *in d. cap.* 6. vbi exprimitur clericos conjugatos solum gaudere priuilegio Canonis, & Fori, si certas conditiones seruent. Accedit, quod ratio restringendi priuilegium Fori ad clericos habentes prædicta requisita fuit magna Regum instantia, qui querebantur fraudari nimium suam jurisdictionem: quæ ratio in alijs priuilegijs non militat. Nec Molinæ testanti de cōtraria consuetudine credendum est, quia oportebat eam probari, vt per Valasc. *Consult.* 75. *num.* 8. Menoch. *de Arbitrar. casu* 360. *num.* 94. Sanch. *supra*, & alios communiter. Illud autem omnino tenendum, clericos conjugatos non gaudere dicto priuilegio, cum expressum sit eos solum gaudere priuilegio Fori, & Canonis: & ita cum alijs docet Sanch. *d. cap.* 13. *num.* 36.

127 Tertiò principaliter limitatur tradita generalis regula in testamento, quod filiusfamilias de bonis Aduentitijs fecerit cum consensu patris ad pias causas. Valere enim tale testamentum constat *ex cap. Licet, de Sepulturis, in* 6. estque communissima Doctorum sententia, quos refert latè eos sequens Ægid. *in l.* 1. *Cod de Sacros. Eccles. p.* 1. §. 7. *num.* 15 Secus dicendum, si pater non consentiat, vt cum Panormit. Couar. & communi notauit Mol. *disp.* 138. *num.* 8 *per d. cap. Licet*, ibi: *Pro anima tamen sua, præter ipsius*, scilicet patris, *assensum (nisi peculium Castrense, aut quasi castrense habeat) aliquid judicare non potest.*

Vtrum autem quando pater non habet vsumfructum in bonis Aduentitijs filijfamilias, possit talis filius absque illius consensu testari, saltem ad pias causas? 121 Affirmat Barthol. *in Repetit. l.* 1. *C. de Sacros. Eccles. num.* 20. *vers. Potest etiam*, vbi absolutè dicit, quod beneficio illius legis potest filiusfamilias in vltima voluntate disponere sine consensu patris de peculio Aduentitio, in quo pater non habet vsumfructum: & reddit rationem, quia cum filiusfamilias possit inter viuos donare illa bona absque consensu patris, conuenienter per illam legem dispositū est, vt etiam tempore mortis possit liberè de illis disponere. In commentario autem illius loci explicatur, loqui Bartholum de dispositione ad pias causas: nam ad profanas, neque ex consensu patris filiumfamilias testari posse de ejusmodi bonis, idem Bartholus docuerat *d. l. Qui in potestate, ff. de Testam.* Quod etiam docet Glossa *in eadem l. verbo, Nihilo magis*, estque communis sententia. Cæterum neque de prædictis bonis, in quibus pater vsumfructum non habet, filium testari posse ad pias causas sine patris cōsensu, tenet communis sententia, quam refert, & sequitur Couar. *in rubr. de Testam. p.* 3. *fine*, & Mol. *d. disp.* 138. *num. vlt.* vbi id probat *ex d cap. Licet*, quatenus absolute statuit, non posse filium familias sine patris consensu testari, etiam pro anima

nima sua, nisi habeat peculiũ Castrẽse, aut quasi Castrense: quæ exceptio firmat regulã in contrariũ quoad omnia alia bona.

129 In regno autem Castellæ potest filiusfamilias pubes testari de bonis Adventitijs sine yllo consensu patris, etiamsi pater in eis habeat vsumfructum: non potest autem disponere ad libitum, nisi de tertio suorum bonorum: nam in alijs duabus partibus sunt parentes necessarij hæredes. Sic habetur *l.5. Taur. quæ est quarta in Noua collectione lib.5. tit.4.* Si autem pater habet vsumfructum in illo tertio, de quo filius liberè disposuit, talis vsusfructus perseuerat apud patrem, vt relatis pluribus tradit Sanch. *tom.2. in Decal. lib.7. c.13. n.42.* & Mol *d. disp.138. n.2*

130 Si autem quæras, vtrum filiusfamilias Castellanus decedens in alio regno, vbi est forensis, possit ibi testari de Adventitijs juxta *d. l.* Castellæ? Respondet Anton. Gom. *in d. l.5. Taur. n.2.* posse testari de bonis existentibus in Castella, non verò de existentibus in alio regno. Probat primam partem, quia eum lex tangat, & concernat personam, comprehendit illam, licet sit in alio regno, & in consequentiam trahitur ad bona existentia in proprio regno originario. Secundam, quia lex vnius regni non potest extendere effectum suum extra illius terminos. At hæc secunda pars mihi videtur falsa, tum ex dictis *sect. præcedenti sub conclusione 2. n.110.* tum ex eadem ratione, qua prima pars probata est. Nam si lex proprij regni afficit, & habilitat personam in alio regno existentem, vt ibi testari possit, trahi etiam debet in consequentiam ad bona ibi existentia; quia talis lex non minus potest extendere effectum suum ad bona in alio regno existentia, quando persona in tali regno testatur, quam cum testaretur in proprio regno, vt per se apparet manifestum, supposito, quod per talem legem etiam in alieno est habilis ad testandum: at si testaretur in proprio regno extenderetur proculdubio effectus illius legis etiam ad bona alibi existentia: vt quando filiusfamilias Castellanus testatur in Castella de omnibus suis bonis, valet ejus testamentum, etiam quoad bona Adventitia, quæ fortè habebat in Lusitania, vel in alio regno: ergo etiã quando testaretur in alieno regno, vbi erat forensis extenderetur effectus dictæ legis, ad quælibet ejus bona, etiã in alienis regnis existentia. Illud autem omnino admittendum, quod Ant Gom. addidit, si filiusfamilias alterius regni decedat in Castella, non posse ibi testari de Adventitijs, siue ibi, siue alibi existentibus: quia lex non comprehendit personam sibi nõ subditam. Qua de re latius diximus *sect. præcedenti.*

Quartò denique limitatur dicta regula, 131 vt non procedat in donatione causã mortis; hanc enim facere potest filiusfam. de proprijs bonis, patre consentiente, vt habet *l. Filiusfamilias, vers. Pari autem ratione, ff. de Donationib. & l. Tam is §. 1. ff. de Mortis causã donation.* estque communis Doctorum sententia, vt ex infra citandis constare potest. Ratio autem cur ejusmodi donatio tali filio permittatur de consensu patris, non autem facere testamentum, non facilè apparet: illa autem videtur magis recepta, quam tradit Barthol. *in d. l. Qui in potestate, n. 1. ff. de Testam.* quia talis donatio est magis contractus, quam vltima voluntas, de cujus ratione est, vt ab alieno arbitrio nõ pendeat, *l. Illa institutio, ff. de Hæred. instituend.* Deficiente vero consensu patris, nequit filiusfamilias donare causã mortis vlla bona Adventitia, etiam pleno jure ad ipsum spectantia, in quibus pater non habeat vsumfructum, vt relatis multis docent Couar. *in Rubr. de Testam. n.8.* Jul. Clar. *lib.4. Sententiarum, §. Donatio, q.6. n.3.* Caldas *in l. Si curatorem, verbo, Contractum fecisti, n.45. vers. Quod tamen,* & Ægid. *in l.1. C. de Sacros. Eccles. p.1. §. 7. num. 25.* sumiturque *ex d. l. Filiusfamilias, ff. de Donation.* vbi generaliter statuitur, filiumfamilias non posse donare causã mortis sine consensu patris, præterquàm de peculio Castrensi, vel quasi Castrensi. Hoc autem non est adeò certum, quin oppositum etiam sit probabile: scilicet posse

filiumfamilias absq; patris consensu donare causâ mortis bona Aduentitia, in quibus pater vsumfructum non habet: pro qua sententia non paucos refert Couar. & Clarus *locis citatis*. Ad donandum verò inter viuos ejusmodi bona, in quibus pater non habet usumfructum non indiget filius consensu patris, vt cum Barth. Castrens, & alijs fatetur idem Couar. *n* 9.estq; communis sententia, quam relatis alijs tradit Ægid. *d.n.* 25.*per l.finalem, § Filijs,C. de Bonis quæ liberis, & Auth.Vt liceat matri, & auiæ,in princ.vers. Res autem, collat.* 8.

132 Dubium verò non leue est, an sufficiat tacitus consensus patris, vt filiusfamilias possit causâ mortis donare? Affirmatiua pars suadetur primò, quia dictus consensus requiritur ratione præjudicij, quod ipsi patri sequitur ex donatione filij, vt docent Pichardus *Inst. Quibus non est permissum facere testamentum, in princ. num.*64. *cum seqq.* & plures alij, quos refert Clarus *d.q.*6.*n.*5. vbi autem postulatur consensus alicujus ratione præjudicij, quod ei sequitur, tacitus consensus sufficit, vt tradit Clar.*d q* 6.*n.*6.*fine*, Anton. Gom. *in l.*55.*Taur.n.*5 & 7. & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *tom.*2.*in Decal. lib.* 7. *c.* 2. *n.*26. estque receptissima sententia. Secundò, quia *in d.l.Filiusfamilias, vers. Pari autem, ff. de Donationib.* dicitur, pari ratione prohiberi filiumfam. donare causâ mortis, atq; inter viuos, (quod vltimum intellige de peculio, in quo pater habet vsumfructum) constat autem, sufficere tacitum consensum patris, vt filius possit donare inter viuos etiam de bonis, in quibus pater habet vsumfructum, vt sumitur ex eadem *l.* ibi: *Videri patrem,* & notat Ægid. *d.* §. 7.*n.* 23.ergo similiter ad donandû causâ mortis tacitus patris cõsensus est sufficiens.

133 Nihilominus, non sufficere consensum tacitum, sed requiri expressum, tradit Glossa *in d.l Qui in potestate, verbo, Nihilo magis, ff. de Testam.* cui à nemine contradici scripsit Socinus *Cons.*112. *numer.* 8. sequuntur Clarus *d. q.*6. Caldas, *in l. Si curatorem, verbo, Contractum fecisti,vers.final.* Mol. *tom.*2. *de Iust. disp.* 288.*n.*22.& 25.Ægid.*in l.*1.*C.de Sacrosf. Eccles.*§.7.*n.* 23. & alij. Ratio est, quia quãdo cõsensus alicujus requiritur propter ejus auctoritatem, & ad solemnizandum actum, non sufficit tacitus, sed est necessarius formalis, & expressus: in præsenti autem consensus patris non requiritur per leges ratione solius præjudicij ipsius patris, sed vt præstet auctoritatem actui, & tamquam solemnitas necessaria, vt est communis Doctorum sententia, quam referunt, & sequuntur Couar. *Rubr. de Testam.p.* 3. *n.* 6. Clarus *supra n.*5. Mol.*d.disp.*288. *n.* 23. & Ægid. *d.*§. 7.*n.*18.Si enim propter solum patris pręjudicium illius consensus requireretur, necessarius non esset, quando filius donaret causâ mortis bona Aduentitia, in quibus pater non haberet vsumfructum: cujus tamen oppositum est magis receptũ, & sumitur *ex d. l. Filiusfam.* vt supra visum est.

Quælibet ex his sententijs est satis probabilis: secunda tamen, quia longe communior, & receptior, nobis in præsentiarùm defendenda est. Et quidem ad primum fundamentum prioris sententiæ patet responsio ex dictis, scilicet consensum patris non requiri in præsenti casu ratione solius præjudicij, sed ad solemnizandum actum, illiq; auctoritatem præstandam, ad quod non sufficit consensus tacitus. Ad secundum respondetur, in illo vers. *Pari autem,* vbi dicitur, quod pari ratione prohibetur filiusfamilias donare causâ mortis, atq; inter viuos, non significari identitatem rationis, quia paritas supponit necessariò aliquam diuersitatem inter ea, quæ æquiparantur: vnde mirum non est, quod ad donandum inter viuos sufficiat consensus tacitus, ad donandum verò causâ mortis requiratur expressus. Quæ diuersitas ibi innuitur ab Vlpiano *in vers. Meminisse, proximè seq.* vbi dicit, quod concessa facultate donãdi, nõ venit facultas donãdi causâ mortis, nisi hoc ipsũ specialiter permittatur. 134

Vnde colliges primò, dictum patris consensũ debere interuenire in ipso actu do- 135

donandi, vel in continenti cum illo, vt bene aduertunt Couar. *d. n. 6.* & Ægid. *d. §. 7. n. 19. & 20.* quia quando consensus alicujus requiritur propter authoritatem actui præstandam, opus est, vt interueniat in ipso actu, vel in continenti, vt per *text. in l. Obligari, §. Tutor statim, ff. de Auctoritate tutorum, & §. Tutor autem, Inst. eodem titulo, juncta Glossa vtrobiq;, & in l. Si quis mihi bona, §. Iussum, ff. de Acquirenda hæredit.* vbi Glossa, Barthol. & alij, quod etiam tradunt Bald. Alexand. Iason. & alij apud Couar. & Ægid. *supra*, pluresque refert Tiraquel. *de Legibus connubialibus, Glossa 6 n. 2. & seqq.*

136 Colliges secundò, non posse filiumfamilias ex consensu patris donare causâ mortis ipsi patri, vt notant Julius Clar. *lib. 4. Sentent. §. Donatio, q. 6. n. 7.* Couar. *d. n. 6.* Caldas, *d. verbo, Cotractum fecisti, n. 44.* Mol. *d. disp. 288. n. 24.* Ægid. *d. §. 7. n. 18.* & alij permulti, cum Gloss. *in l. 1. in princip. verbo, Rem acquirit, ff. de Auctorit. tutor.* Quia nemo in suum proprium commodum auctoritatem præstare potest, vt habetur *d. l. 1. in princip. & l. Pupillus, in princip. ff. eodem.* Cæterùm ne pater deterioris sit conditionis, quam extranei, poterit filius ei donare causâ mortis, interueniente auctoritate judicis, vt Couar. Clar. Mol. & alij aduertunt. Non desunt etiam, qui teneant, sufficere solum consensum, & auctoritatem patris, vt filius ei possit donare causâ mortis, estq; probabilis sententia, vt agnouit Clarus *supra*; quatenus solum dicit, contrariam sententiam esse veriorem, & magis communem, præsertim supponendo, quod dictus consensus patris non requiritur solum ratione præjudicij, sed etiam ad solemnitatem actûs, & ad integrandam personam filij.

137 Dubitari etiam solet, si filiusfamilias, patre consentiente, faciat testamentum cum clausula codicillari, *quod si non valuerit vt testamentum, valeat vt codicillus, vel vt donatio causâ mortis*, an sustinendum sit, vt donatio causâ mortis? Respondetur cum Couar. *in Rubr. de Testam. p. 3. num. 10.* Clar. *lib. 4. Sentent. §. Donatio, q. 6 n. 8.* & alijs quos referunt, si persona in eo testamento honorata erat absens, neq; aliqua ratione saltem per alium, qui ejus nomine stipulari posset, relictum acceptauit, non posse tale relictum valere in vim donationis causâ mortis: quia ad valorem talis donationis requiritur acceptatio ex parte donatarij, per quam transeat in pactum, quod absq; mutuo duorum consensu non subsistit: secus autem, si persona honorata dispositionem in se directam aliquo modo acceptauit, sufficitque acceptatio tacita, vt si erat præsens, & tacuit: siquidem tunc nihil deest, quominus illa dispositio vim habeat in ratione donationis causâ mortis. Idemque dicendum est, licet in testamento non sit facta expressa, mentio donationis causâ mortis, sed tantummodo dictum sit, *quod si non possit valere, vt testamentum, valeat vt codicillus, vel quælibet vltima voluntas.* Sic docent citati Doctores, quia vt actus valeat, sunt verba latè interpretanda, & donatio causâ mortis sub vltima voluntate in ampla significatione comprehenditur.

SECTIO V.

Vtrùm Religiosi testari possint?

Nomine Religiosorum cóprehenduntur, tum qui solum lato modo tales sunt, vt Nouitij, qui in religionibus probantur, & nondum substantialia vota religionis emiserunt: tum qui propriè sunt religiosi, qui vel sunt professi, idest, effecti religiosi per professionem solemnium votorum religionis, vel non sunt professi; sed tamen verè, & substantialiter religiosi per vota simplicia religionis, cujusmodi in religione Societatis Iesv sunt Scholastici, & Coadjutores tam temporales, quam spirituales, qui tribus substãtialibus votis Paupertatis, Castitatis, & Obedientiæ, non tamen solemnibus, constricti sunt. De his omnibus præsens quæstio excitatur, & particulatim expedienda est.

§. 1. *De Nouitijs.*

SVMMARIVM.

R*Egula generalis est, nouitios testari posse, nullâ superioris licentiâ ad id requisitâ, num.*138.

*Dicta regula procedit etiam in nouitijs Minorum, ibid Et in nouitijs Societatis Iesv, si nondum emiserunt vota nouitiorum: post illa veró emissa, & si possint validè testari, non tamen licitè, absque licentia Superiorum, num.*139.

*Nouitius faciens testamentum tenetur relinquere in eo legitimam ascendentibus, vel descendentibus, si illos habeat, num.*140.

*Nouitius patrem habens, è cujus potestate non fuerat egressus antequam religionem ingrederetur, potest testari, non solum de bonis Castrensibus, & quasi Castrensibus, sed etiam de Aduentitijs post ingressum in religionem acquisitis, & disponere de illis, vt de Castrensibus; neq; pater in eis habet vsumfructum, num.*141. *Vtrum autem possit similiter testari, & disponere de Aduentitijs ante ingressum in religionem acquisitis? referuntur duæ sententiæ, num.*142 *& seq. Et rejiciuntur num.* 144. *& seqq. Et tandem resoluitur quæstio negatiuè, num.*148.

Explicatur legitimus sensus Auth. de Monachis, in §. Illud, 2. collat. 1. n. 145

*Vtrum per ingressum in nouitiatum liberetur filiusfamilias à patria potestate? num.*146. *& seq.*

*Filius, qui potest testari de Aduentitijs, in quibus pater habet vsumfructum, nō potest de illis disponere, nisi tantū quo ad proprietatem, licet religionem sit ingressus, manente semper vsufructu penes patrem, dum vixerit, n.*149.

De solemnitatibus requisitis in testamentis nouitiorum, & quædam aliæ quæstiones circa eorum testamenta, n. 150. *remissiuè.*

CIrca nouitios generaliter statuendū est, eos testari posse, nullâ superioris licentiâ ad id requisitâ. Sic Nauar. *Comment. 2. de Regular. n.*29. Couar. *c. 2. n. 5. fine, de Testam.* Mol. *disp.* 139. *n.* 8. Sanch. *tom* 2. *in Decal. lib. 7. c.* 3. & cæteri communiter; quidquid Archidiaconus, & Rodericus Suarez apud Sanch. *supra n.* 2. necessariam esse superioris licentiam existimauerint. Constat *ex Auth. Nunc autem, C. de Episc. & cleric. & ex cap. Siqua mulier*, 19 *q.* 3. Et præterea, quia nouitius est adhuc simpliciter sui juris cum libera exeundi facultate, neq; aliquo textu ei prohibetur facere testamentum. Licet enim *in cap. Ingredientibus*, 19. *q* 3. *& Auth. Ingressi, C. de Sacros. Eccles.* dicatur, ingredientibus monasteriū nullam esse testandi facultatem, id intelligitur de ingressis per professionem, qui proprium habere non possunt, vt constat ex ratione ibi adductâ, quæ est; quòd se, & sua Deo dicarint, nihilq; proprium habeant. Quare tradita resolutio procedit etiam in nouitijs ordinis Minorum, vt bene aduertunt Nauar. & Sanch. *citati*: nec audiendus est Corduba, quatenus super regulam Minorum *c.* 2. *q.* 8. *pun.* 2. ait, nouitios ordinis Minorum volentes in eo profiteri, teneri distribuere sua bona in pauperes. Est enim hoc consilium, non præceptum, vt bene probat Emman. Rodrig. *Quæst. Regul. tom.* 3 *q.* 16. *art. vlt.* 138

Procedit etiam resolutio in nouitijs 139 Societatis Jesv, non obstante, quod ante primum ingressum promiserint se post vnū annū promptè omnia relicturos absq; spe recuperationis, quandocumq; superior id eis injunxerit, prout habetur in Constitut. ejusdem Societatis, quas refert Sanch. *d. lib.* 7. *c.* 1. *n.* 31. Quia in primis illa promissio non obstat, quominus testamentū talis nouitij factum, incōsulto superiore, sit validū, vt fatetur Mol. *d. disp.* 139. *n.* 9. cū sit factū ab homine, qui est simpliciter sui juris. Deinde nō obstat eriā, quominus tale testamētū fiat licite, vt cōtra Mol. proxime *citat.* probat Sāch. *d. lib.* 7 *c.* 3. *n.* 5. quia per illā promissionē non obligatur Nouitius ad nō disponendum

dum alio modo, antequam superior illi injungat dictam bonorum renuntiationem; neque per testamentum impeditur, quominus eam promissionem implere possit reuocando testamentum, & renuntiando irreuocabiliter omnia sua bona, quando per superiorem id fuerit injunctum. Et ita etiam philosophatur Suar. *tom.4. de Religione tract. de Societ. lib. 4. cap.6.n.vlt.* Quamuis aliunde deordinationem agnoscat in eo quod Nouitius inscio superiore testetur. Vnde asserit, vix excusari posse à culpa veniali, non peccare autem mortaliter. Hoc autem intelligendum est, nisi hi nouitij jam emisissent vota nouitiorum: nam, illis emissis, non possunt licitè testari absq; licentia superiorum, vt bene aduertit Sanch. *proximè citatus*, quia per votum paupertatis obligantur ad non disponendum de suis bonis vllo modo absq; superiorũ licentia: id verò intellige, vt dicã infra *n.259. fine.* Tale autem testamentũ valebit, vt à fortiori constabit ex dicendis *n.* 254. circa Scholasticos ejusdẽ Societatis, qui eadẽ vota post bienniũ nouitiatûs emiserunt.

140 Tenetur autem nouitius testamentum faciens relinquere in eo legitimam ascendentibus, vel descendentibus, si illos habeat, vt notant Frãcus *Rubr. de Testam. n. 66. & 70.* Nauar. *d. Comment. 2. de Regul. n.44.* & Sanch. *d.c.3.n.7.* Quia licet hoc in professo, quando testari potest, nonnihil habeat difficultatis quoad legitimam ascendẽtium, propter Auth. *Si qua mulier, C. de Sacrosf. Eccles.* at in nouitio nulla ratione negari potest; quia nullum est jus, quod illum eo onere liberet, nec textus liberans professos ad nouitios extendi debet, cum præjudicio ascendentium.

141 Dubiæ autem quæstionis est, an si nouitius habeat patrem, è cujus potestate non fuerat egressus, antequam religionem ingrederetur, possit testamentum facere de suis bonis Aduentitijs; de Castrensibus enim, & quasi Castrensibus certum est testari posse, relinquendo patri legitimam jure debitam, vt proximè dictum est. Item de Profectitijs certum est testari non posse, vt bene Syluest. *verbo, Religio, 6. q. 1. dicto 5.* quia Profectitia pleno jure pertinent ad patrem, tã quoad proprietatem, quam quoad vsumfructũ. Quare solum de Aduentitijs est quæstio. In qua si loquamur de Aduentitijs acquisitis per talem nouitium post ingressum in religionem, certum etiam videtur, posse de illis testari, & disponere, tamquam de quasi Castrensibus; neq; patrem in illis habere vsumfructum: sic docent Syluest. *loco citato*, Sanch. *lib. 7. in Decal. c. 13. n. 46.* & Azor *tom. 1. lib. 12. c. 8. q. 9.* vbi dicit inter omnes Doctores conuenire, nihil juris patrem habere in Aduentitijs filij bonis post ingressum in religionem acquisitis; ac proinde posse filium de his ante professionem statuere, quod placuerit, quia sunt quasi Castrensia. Fundamentum est, quia *in Auth. Presbyteros, C. de Episcop. & cleric.* conceditur, vt bona, quorum dominium clericus acquisiuit, pleno jure ad illum pertineant, possitq; liberè de illis disponere, sicut de Castrensibus, non obstante, quod talis clericus sit filiusfamilias. Nouitij autem, & quicumq; non sunt merè laici, veniunt in fauorabilibus nomine clericorũ, & gaudẽt eorum priuilegijs, vt relatis alijs tradit Sanch. *citatus.*

Tota igitur dubitatio est circa Aduentitia, quæ talis nouitius habebat ante ingressum in religionem? Qua in re prima sententia est, etiam hęc bona statim per illum ingressum fieri quasi Castrensia, ac proinde posse nouitium de illis testari, patremq; priuare vsufructu, quod in eis habebat. Pro hac sententia videntur stare Panormit. *cap. In præsentia, n. 56. de Probationibus*, Rosel. *verbo, Clericus, 4. n. vlt. & verbo, Legare, n.* 18. Syluestr. *verbo, Clericus, 4. q. 14.* dum asserunt, fortè etiam bona Aduentitia prius acquisita statim per ingressum in monasterium fieri quasi Castrensia, per *d. Auth. Presbyteros*, & sic patrem priuari vsufructu illorum. Eandem tenetur sequi Malder. *2. 2. tract. 1. c. 11. dub. 3. col. 2. fine*, & illũ transcribẽs Diana, *p. 5. tract. 3. de Casibus occurrentibus tempore mortis, resol. 124.* quatenus docent, affirmando esse communem 142

Doctorum, clericos etiam ſub patria poteſtate exiſtentes poſſe teſtari abſque cõſenſu patris de bonis Aduentitijs etiam ante clericatum acquiſitis per *d. Auth. Preſbyteros*; quæ quidem nouitios etiam religionum comprehendit, vt ſupra vidimus. Idem loquendo de clericis docet, quamuis ſubdubitando, Guilielmus Benedict. *in cap. Raynutius, verbo, Matrẽ, num.* 20. *de Teſtamentis.*

143 Secunda ſententia tenet, poſſe nouitium teſtari de prædictis bonis quoad dominium, & proprietatem, non verò quoad vſumfructum; hunc enim affirmat ſpectare ad patrem, dum vixerit. Ita videtur ſentire, Azor *d. q.* 9. *verſ. Tota igitur*, vbi ait, conſtare, quod talis filius poteſt ante profeſsionem de his bonis ſuo arbitratu ſtatuere, quod attinet ad dominium, & proprietatem; magis autem ſibi probari opinionem, quæ docet, non poſſe ſimiliter de vſufructu diſponere. Idem docet Anton. de Buttio *d. cap. In præſentia, de Probationibus* prout illum citat, & ſequi videtur Syluest. *verbo, Religio,* 6. *q.* 1. *dicto* 5. Videtur etiam cum alijs tenere Sanch. *d. cap.* 13. *num.* 40. & Gutier. *Pract. quæſt. lib* 2. *q.* 40. *num.* 3. vbi ait, quod per textum *in Auth. de Monachis,* §. *Illud,* 2. *collat.* 1. filius ingrediens religionem poteſt teſtari ſine præjudicio vſusfructûs patris.

144 Neutra tamen ex his ſententijs mihi probatur, & quidem prima jam à nobis in radice excluſa eſt *ſect. præcedenti num.* 120. vbi cum communiſsima Doctorum ſententiã ſtatuimus *in d Auth. Preſbyteros* non priuilegiari vlla bona ante clericatum acquiſita, cujus oppoſitum inaduertenter ſcripſit Malderus, & ex eo Diana, eſſe communiter receptum. Vnde quamuis meritò admittatur, etiam nouitios religionum nomine clericorum in ea Auth. comprehendi, non ſequitur, Aduentitia, quæ habebant ante ingreſſum in religionem, fieri quaſi Caſtrenſia. Et ſic ceſſat totum fundamentum, quo prima ſententia nitebatur.

145 Secunda etiam ſententia ſolido caret fundamento. Quia in primis non poteſt fundari *in d. Auth. Preſbyteros*, vt ex dictis conſtat. Deinde non apparet alius textus, quo nitatur; ſi enim aliquis poſſet aſsignari, eſſet vtique textus, quem pro ea allegat Gutier. *ex Auth. de Monachis,* §. *Illud,* 2. vbi Imperator ait, *Qui in monaſterium introire voluerit*, ſcilicet, profitendo religionem, *licentiam habeat, antequam ingrediatur, ſuis vti, quo voluerit modo.* At, vt bene expendit Decius *cap. In præſentia, num.* 60. *verſ. Non obſtat textus, de Probationib. & in d. Auth. Ingreſſi, num.* 10. & ibi Romanus, & Salicet. *Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* Ægid. *in l.* 1. *Cod. eod. p.* 4. §. 2. *num.* 3. & Sanch. *d. lib.* 7. *in Decal. cap.* 3. *num.* 18. non intendit Imperator concedere in eo textu aliquod priuilegium ingreſſuro in religionem, ſed declarare, quod poſt ingreſſum, ſeu profeſsionem non licet ei teſtari, quaſi dicat: antequam ingrediatur, diſponat quomodo voluerit, nam poſtea non poteſt. Quare hic textus principaliter tendit ad reſtringendam facultatem teſtandi, & ſic non debet ejus ampliationem operari: nam inducta ad diminutionem non debent operari augmentum, *l. Legata inutiliter, ff. de Legatis* 1. Quod ſi dicas, imo hic intendi, vt qui in vno oneratur, in alio releuetur, ſicut èconuerſo pro regula notatur *in l. Eum qui, ff. de Iure jur.* Reſpondetur, eam regulam procedere, quando grauamen eſt cauſa commodi, vel èċontra: tunc enim ſublato vno, ceſſat alterum, vt patet ex eadem *l. Eum qui*, & notatur in ſummario illius: quod in noſtro caſu non militat. Addo non incongruè etiam poſſe intelligi in *d.* §. *Illud*, ſolum voluiſſe Imperatorem declarare, quod ingreſſurus religionem non tenetur relinquere aliquid monaſterio, ſed quod poſsit de rebus ſuis diſponere, vt voluerit, non obſtante quod monaſterium habeatur loco filij, vt dicitur *in Auth. Niſi rogati, Cod. Ad Trebellianum.* Quam expoſitionem tradit, & magis videtur probare Ægid. *loco citato.*

Dicet fortaſſe aliquis, per ingreſſum 146
in nouitiatum liberari filium à patria poteſtate, & ita nihil obſtare, quominus teſtari

ſtari

ſtari poſsit de bonis Aduentitijs quoad dominium, & proprietatem, quæ ad ipſum ſpectat. Nam filius, qui non eſt in poteſtate patris, nullo jure prohibetur, quominus teſtari poſsit de omnibus ſuis bonis; quod autem per ingreſſum in nouitiatum liberetur filius à patria poteſtate, videtur eſſe de mente plurium Doctorum, qui aſſerunt filium ingredientem in religionem, vel monaſterium, liberari à patria poteſtate. Sic enim tenet Gloſ. *in l. Si ex cauſa §. Papinianus, aliàs Pomponius, verbo, Cum ſtatum, ff. de Minor.* Bald. & alij, ibi: Anton. Gom. *in l.* 48. *Taur. num. 7. prope finem*, & Pinel. plures referens in *l. 1. Cod. de Bonis maternis p. 1. num.* 46. Quibus addi poteſt Rebel. 2. *part. de Obligationib. Iuſt. lib. 1. quæſt.* 8. *ſect. 6. num.* 63. vbi ait, filium eſſe exemptum à poteſtate patris religionem ingreſſi, etiam dum pater eſt nouitius, patre autem egrediente in eam relabi: Quod ſimiliter diceret, quando filius eſt nouitius, patre in ſæculo manente, quia eadem in vtroque caſu eſt ratio.

147 Negandum tamen eſt cum Sanch. *in Decal. lib. 4. cap. 35. num. 45.* filium per ſuum, vel patris ingreſſum in nouitiatum eximi à poteſtate patris, quia nullo jure id probatur, ſolidoue fundamento nititur. Neque Doctores proxime allegati, præter ſolum Rebel. id affirmant, nam licet dicant, quod per ingreſſum religionis, vel monaſterij, ceſſat patria poteſtas, id intelligunt de ingreſſu per profeſsionem, vt jura, & Doctores loqui ſolent: apud quos non dicitur monaſterium ingreſſus, niſi is, qui profeſsionem fecit, vt cum Barthol. & multis alijs notauit Mol. Juriſta *lib. 2. de Primogen. cap. 9. num.* 53. & tradit latius Tiraquel. *de Retractu lignagier, §. 1. Gloſs. 8. num. 34. cum ſeqq.* Quod in præſenti ſatis conſtat ex ratione, quam citati Doctores reddunt, cur per dictum ingreſſum patria poteſtas ceſſat; quia nimirum ingrediens monaſterium tranſit omninò in poteſtatem Abbatis. Quæ ratio non habet locum in nouitio, cum is non dum ſimpliciter tranſierit in poteſtatem religionis, ſed ſolum in ea probetur, ipſeque illam probet, retinendo liberam facultatem exeundi, ſi ei videbitur.

Quare dubitari non poteſt, quod per ingreſſum in nouitiatum non liberatur filius à poteſtate patris: ac proinde, quod adhuc comprehenditur ſub generali juris regula, quod filij in poteſtate patris exiſtentes teſtari non poſſunt, etiam de conſenſu patris. Vnde cum aliàs non appareat priuilegium, quo eis concedatur facultas teſtandi de bonis Aduentitijs ante dictum ingreſſum acquiſitis, fit, vt de illis, etiam permittente patre, teſtari non poſsit; poterit autem cum conſenſu patris teſtari ad pia, & donare cauſâ mortis, juxta doctrinam pro quibuſcumque filijs familias *præcedenti ſect*, traditam. 148

Nec Doctores pro prædicta ſecunda ſententia relati intendunt probare, filiumfamilias nouitium teſtari poſſe de Aduentitijs ante nouitiatum acquiſitis: ſed ſi pater habeat vſumfructum in bonis Aduentitijs filij in religionem ingreſsi, & tali filio competat facultas teſtandi, vt quia jam erat mancipatus, vel alio ex capite, non poſſe eum filium diſponere de talibus bonis, niſi tantùm quoad dominium, & proprietatem. Quæ doctrina maxime procedit in Regno Caſtellę, vbi generaliter permittitur, vt filijfamil. puberes teſtari poſsint de bonis Aduentitijs. Et in hac ſpecie probat ex profeſſo Gutier. *d. q.* 40. filiumfamilias ingredientem in religionem teſtari poſſe de prædictis bonis ſolum quoad proprietatem, manente vſufructu apud patrem, dum ipſe pater vixerit. Idemque confirmat cum multis alijs Sanch. *lib. 7. in Decal. cap. 13. numer.* 41. 149

Quæ ſolemnitates requirantur in teſtamento nouitij, vel volentis religionem ingredi, trademus *diſput. ſequenti* vbi de ſolemnitatibus teſtamentorum agendum eſt. Alia verò, quæ ad nouitiorum teſtamenta ſpectant, vt, An ipſa, vel legata in eis relicta, maneant reuocata, ſi teſtatores ad ſæculum redeant? An teſtamentũ, quo nouitius monaſterium hæredem nõ inſtituit, rumpatur ſecuta profeſsione, & 150

E 4 his

his similia; inferius suo loco tractanda sunt. Interim videri potest Sanch. *lib.* 7. *in Decal. cap.* 3. *per totum*. Nunc de professis, & alijs verè religiosis videamus.

§. 2. De Religiosis professis.

SUMMARIUM.

GEneralis regula est, professos non posse testari, quia non habent proprium. Quod intelligitur, nec actu, nec potentia, num. 151. *Etiam ad pias causas sunt intestabiles, ibid.*

Summus Pontifex dispensare potest cum religiosis professis, vt testari possint: non ita vero Prælati inferiores, n. 152.

Monachus neq; de rebus alterius ex ejus consensu testari potest: ille tamen, qui consensum præstitit, potest compelli ad exequenda relicta in tali testamento, num. 153.

Si monachus scribat in schedula, quod de rebus suis fieri velit, talis schedula, neque testamenti, neque codicilli vim habere potest. Licitè tamen potest monachus rogare Prælatum, vt distribuat illas res, prout in schedula continetur, num. 154.

Vtrum Prælatus promittens monacho, se post ejus mortem distributurum res illius; sicut ipse monachus in schedula præscripserit, teneatur ex justitia talibus promissis stare? Affirmat Sãnch. num. 155. *Ea tamen sententia rejicitur, num.* 156. *& seqq.*

Dominus obligatur naturaliter ex pacto inito cum seruo, num. 155.

Prælatus religionis non potest contrahere vllam rigorosam obligationem ex pacto inito cum suo religioso, num. 156. *& seq.*

Religiosus per votum solemne paupertatis fit incapax, non solum dominij, sed etiam habendi vsum aliquem bonorum temporalium, quo sine injustitia per superiorem priuari non possit, num. 158.

Si Prælatus religionis promittat suo monacho, se executurum ejus voluntatem circa distributionem bonorum ab ipso monacho præscriptam, tenebitur ex veracitate, & fidelitate id implere, & si adhibeat juramentum, tenebitur etiam ex illo, sub eod. n. 158.

Si religiosus velit, vt bona, quæ habet, dentur post ejus mortem alicui pauperi, vel loco pio, & nomine talium personarum ea stipuletur à Prælato, tenebitur Prælatus ex justitia eam promissionem adimplere, num. 159.

Non potest Prælatus obligari ex justitia per promissionem factam vni suo religioso dandi aliqua ejus bona alteri religioso subdito ejusdem Prælati, numer. 160.

Vtrum monachus possit donare causâ mortis ex superioris licentia? Negant aliqui num. 161. *Alij verò melius affirmant, num.* 162.

Prohibito testamento, non eo ipso censetur prohibita donatio causâ mortis, nisi tantùm quando testamentum alicui prohibetur ob naturalem defectum, ratione cujus, nec inter viuos donare posset, eod. num. 162.

Vxor neque causâ mortis donare potest absque viri licentia, juxta probabilem sententiam, ibid.

Quantam donationem causâ mortis possit monachus facere de licentia Abbatis? num. 163.

Vtrum consuetudine introduci valeat, vt monachus testari possit absque licentia Papæ? num. 164.

Qualis consuetudo ad hoc sufficiat? num. 165. *Nulla tamen consuetudine introduci potest, vt monachus testari possit absque licentia alicujus superioris, saltem tacitâ, ibid.*

QUod attinet ad professos, generalis regula est, eos testari non posse. 151
Constat ex *Auth. Ingressi, Cod. de Sacros. Eccles. & cap. Quia ingredientibus*, 19. *q.* 3. *& cap.* 2. *de Testam.* Item ex *Ordin. Lusit. lib.* 4. *tit.* 81. *§.* 4. Et ratio redditur *in d. Auth. Ingressi:* quia professi non habent proprium. Contra hanc verò rationem videtur stare text. *in l. Hæreditas, ff. de Petitione hæredit.* cum simi-

similibus; ex quibus Anton.Gom. *in l.3. Taur. num.* 17. & commune Doctorum tenet, etiam qui nulla bona habet, testari posse. Sed ad hoc facile respondet idē Anton. Gom. cum multis alijs, quos refert, quando dicitur testari posse, etiam qui nulla habet bona, intelligi de eo, qui non habet actu, sed tamen potest habere, & acquirere; rationem verò, quæ in *d. Auth.* assignatur, intelligi, & procedere in eo, qui nec actu, nec potentiâ habet proprium, qualis est monachus; & ita etiam declarat Sanch. *lib.7. in Decal.c.8.n.* 2. Vnde *n.3.* cum multis alijs tradit, nec ad pias causas monachum testari posse nam id etiam dicta ratio conuincit.

152 Potest autem Summus Pontifex dispensare cum his religiosis, vt testari possint, non ita verò alij Prælati inferiores. Sic Nauar. *Comm.2.de Regular. num.*57. Emman.Rodrig. *Quæst. Regular.tom.* 3. *q.69.art.2.* & cæteri communiter, ex quibus plurimos refert, & sequitur Sanch. *proxime cit.n* 5. Ratio prioris partis est, quia per votum solemne paupertatis non fit incapax religiosus disponendi cum licentia superioris de aliquibus bonis sibi ad vsum, vel administrationem concessis: ergo non solum inter viuos, sed etiam per testamentum disponere poterit, non obstante paupertatis voto, si id ei à legitimo superiore concedatur: is autem est Summus Pontifex, qui etiam in legibus monachum testari prohibentibus dispensare poterit. Alia etiam pars facilè constat, quia prohibitio, ne monachi testari possint, dimanat à iure Pôtificio, & ipsos etiam Prælatos regulares afficit: in iure autem Pontificio nullus Prælatus Pontifice inferior dispensare potest, nisi in casibus ab ipso Pontifice concessis, qualis iste non est.

153 Ex his colliges primò, non solum de rebus monasterij, vel ipsius monachi, sed nec etiam de alijs posse monachum, cum sola licentia Abbatis testari de consensu ejus, cujus tales res sunt propriæ. Quia licet hoc nihil aliud videatur, quam esse procuratorem, & executorem alienæ voluntatis, quod religioso est licitum de licentia ordinarij Superioris; at re vera est quid diuersum; nam exequi, & procurare innititur personæ alterius, ejusque nomine fit: testamentum verò fit nomine proprio, & ex proprio jure ipsius testantis, perinde ac si sæcularis proprium testamentum conderet de re aliena ex cōsensu domini. Ita Sanch. *d. cap.*8. *numer.6.* post Nauar. *Comment.* 2. *de Regular. n.* 57. *vers. Quibus nunc addo*; qui tamen hoc non firmat vt certum, sed tantum dicit, videri verius. Addunt autem hi Doctores, posse eum, qui talem consensum præstitit, compelli ad exequenda relicta in tali testamento, non vt debita ex vltima voluntate Monachi, cum inefficax fuerit; sed ex quadam executione mandati ipsius consentientis, qui concedendo prædictam facultatem testandi personæ incapaci, videtur se obligasse ad implendum, quod talis persona vt executrix sui mandati disposuerit. Ad quod facit *l. Qui patitur*, 18. *ff. Mandati*, ibi: *Qui patitur ab alio mandari, vt sibi credatur, mandare intelligitur.* Et ita etiam docet Tapia *in d. Auth. Ingressi.* Facit etiam, & rem hanc magis declarat, quod circa hujusmodi mandatum tradit cum Barth. & alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 44 *n.* 32. quem omnino videas.

Colliges secundò, si Prælatus det licentiam monacho, vt in schedula scribat, & disponat, quid de rebus suis fieri velit post mortem; talem schedulam non solum testamenti, sed neque codicilli vim habere posse, quia qui non potest testari, vt monachus non potest, etiam de licentia Prælati, neque per codicillos disponere potest, *l. Diui.6.§. penultimo. in fine, ff. de Iure Codicillorum.* Et ita in specie docet Nauar. *d.Comment.2. de Regular. num.*44. & Sanch. *d.cap.*8. *num.9.* vbi plures refert. Per hoc tamen non tollitur quominus licitè possit monachus, etiam Ordinis Minorum, talem schedulam inscribere, rogando Prælatum, vt sic bona illa distribuat, ex sua libera voluntate: id enim non est disponere, sed rogare, & excitare Prælatum, vt sic disponat, quæ postulatio non inducit obligationem; & cum 154

cum sit de re, quam Prælatus licitè potest facere, nulli religioso etiam ordinis Minorum prohibita est. Et ita docent Nauar. *Comment*. 2. *n*. 22. *Corol*. 10. Emman. Rodrig. *Quæst. Regular. tom*. 3. *q*. 69. *n*. 2. *fine*, *& art*. 3. *fine*, Sanch. *supra n*. 12. & alij, quos refert.

155 Non leuis autem difficultas est, An si Prælatus promittat Monacho, se dictam schedulam impleturum, teneatur postea stare promissis, & distribuere illa bona, vt in schedula continetur. Respondet Sanch. *d. c*. 8. *n*. 18. teneri naturaliter, seu in foro conscientiæ, non autem ciuiliter. Et probat, quia Prælatus religionis paciscendo cum suo religioso illi obligatur, sicut dominus obligatur seruo ex pacto inito cum illo, cum religiosus æquipararetur seruo in eo, quod neuter sit sui juris, & sicut seruus est sub potestate domini, ita religiosus sub potestate Prælati. Est autem acceptissima Doctorum sententia, quam relatis multis tradit idem Sanch. *n*. 16. quod dominus ex pacto cum seruo obligetur naturaliter: id quod satis apertè colligitur ex *l. Non solum*, 50. *§. Si ignorante*, *vers. An debitor*, *ff. de Peculio*, *juncta Gloss*. ibi, *verb. Ex causa*, *& ex l. Si id quod*, 64. *ff. de Condict. indeb*. ibi, *Naturale enim debitum agnouit*, vbi Glossa, *verbo*, *In condictione*, ait, inde constare naturalem obligationem fuisse acquisitam seruo in seruitute constituto: ergo similiter Prælatus religionis naturaliter obligatur ex pacto cum suo religioso, vt etiam tradunt Nauar. *lib*. 3. *Consil. tit. de Statu monachor. consil*. 14. *n*. 13. *in* 2. *editione*, *& in* 1. *consil*. 20. *num*. 13. Emman. Rodrig. *Quæst. Regular. tom*. 3. *q*. 29. *art*. 9. Rebel. *de Iustit. p*. 2. *lib*. 1. *q*. 8. *sect*. 1. *sub num*. 12. & alij apud Sanch. *supra num*. 17. & idem Sanch. *eodem lib*. 7. *in Decal. cap*. 17. *num*. 33. ac proinde tenebitur naturaliter in præsenti casu Prælatus implere dictam promissionem. Si autem quæras, an teneatur ex justitia, vel solum ex fidelitate? Significat idem Sanch. *d. cap*. 8. *num*. 17. *cum seq*. teneri ex justitia: statuit enim teneri similiter, quemadmodum dominus ex pacto inito cum seruo: proximè autem cum Mol. & alijs magis probauerat, dominum ex tali pacto obligari ex justitia, & non tantùm ex honestate, & fidelitate.

Sed hoc mihi est valde difficile: quia 156
in primis longe verius apparet, Prælatum religionis non contrahere vllam rigorosam obligationem ex pacto inito cum suo religioso, vt tenet Bald. *in l. Cum affirmes*, *statim in princip. Cod. de Liberali causa*, & clarè videtur tenere Syluest. *verbo*, *Abbas*, *q*. 4. *num*. 7. *fine*, Archidiaconus *cap. Cum pastoralis*, 2. *q*. 7. *num*. 4. & multi alij, quos citat Sanch. *d. c*. 8. *num*. 11. qui absolutè dicunt, Abbatem non obligari ex pacto cum suo Monacho, & probatur; quia religiosus propter votum obedientiæ ita est subjectus Prælato, vt respectu illius non habeat velle, neque nolle, vt dicitur *in cap. Religiosus*, *de Electione*, *in* 6. Vnde tota ejus voluntas est subordinata, & sub dominio Prælati, ita, vt eo repugnante, vel contradicente, nullam vim habere possit ad aliquam obligationem actiuam, vel passiuam ex contractu, vel promissione contrahendã, vel retinendam. Hinc enim fit, vt etiam inuito monacho possit Prælatus irritare vota, & contractus ab eo post professionem factos, vt omnes fatentur. Cum tanta autem subjectione stare non potest, quod Prelatus teneatur ex justitia stare contractui inito cum suo religioso: siquidem acceptatio, seu voluntas, qua talis religiosus acceptauit ejus promissionem, semper manet subordinata, & pendens à voluntate ipsius Prælati, & consequenter nullam vim habere potest ad eum obligandum, quominus illi possit contrauenire, vt per se liquet.

Nec dicas: eo ipso, quod Prælatus pro- 157
misit religioso, dedisse illi licentiam ad acceptandam talem promissionem, tacitèq; à se ipso abdicasse potestatem eã irritandi; & sic validum, ac firmum contractum cum eo celebrasse. Hoc, inquam, non dicas: quia stante voto obedientiæ, statuque religioso ex parte promissarij nequit Prælatus abdicare à se dominium voluntatis talis religiosi, ad hoc, vt non possit

posſit ejus voluntatem irritare, vt bene docet Suar. *tom. 2. de Relig. tract. de Voto, lib. 6. c. 8. n. 6.* & ipſe Sanch. *tom. 1. in Decal. lib. 4. c. 27. n. 21.* qui inde infert, quamtumuis ſuperior det licentiam religioſo ad faciendum votum, dicendo ſe illi cōcedere eam facultatem irreuocabilem, illumq; eximere à ſua poteſtate quoad illã materiam, adhuc nihilominus poſſe tale votum à Prælato irritari, eo quod repugnet obedientiæ, & ſtatui religioſo manere religioſum in re aliqua exemptum à poteſtate, ac dominio Prælati. Quod ſecùs accidit in ſeruo reſpectu domini. Nã dominus poteſt ſimpliciter libertatem ſeruo donare, & conſequenter à fortiori facere illum liberum quoad id, quod illi promiſit, itaut perinde illi maneat naturaliter obligatus ex promiſsione, ſeu contractu cum eo inito, ac ſi contraheret cũ homine libero. Ex quo fundamento deducit Sanch. *ſupra* non poſſe dominum irritare vota ſerui ex ejus licentiã emiſſa, quia dando eam licentiam, ſeruum fecit liberum circa eam materiam. Quare non debuit idem Sanch. in reſponſione ad principalem quæſtionem ſumere argumentum à ſeruo ad religioſum, cum latiſſimum inter eos ſit diſcrimen, quod ipſe *loco proxime citato* agnoſcit.

158 Deinde verò, dato quod Prælatus religionis poſsit ſe obligare ſuo religioſo ex juſtitia per pactum cum eo initum, adhuc ſupereſt ſpecialis difficultas ratione voti Paupertatis religioſæ, ob quam in præſenti caſu non videtur poſſe Prælatum obligari religioſo ad dicta bona diſtribuenda juxta ejus voluntatem; quia per ſolemne votum Paupertatis manet religioſus incapax nō ſolum dominij, ſed etiam habendi vſum aliquem bonorum temporalium, quo ſine injuſtitia per ſuperiorem priuari non poſsit, vt bene docet Suar. *tom. 3. de Relig. lib. 8. c. 5. n. 29.* Si autem admittamus, poſſe ſuperiorem obligari ex juſtitia ad expendenda bona religioſi juxta ejus præſcriptum, jam hoc ipſo admittimus, talem religioſum habere vſum illorum bonorum independenter à libera voluntate Prælati, itaut ſine injuſtitia non poſsit Prælatus cum illo priuare. Ne igitur contra ſubſtantiam Paupertatis religioſæ talis vſus admittatur, fatendum omnino videtur, quod etiam ex hoc capite non poteſt Prælatus obligari ſuo religioſo ex juſtitia ad exequendam ejus voluntatem circa diſpoſitionem bonorum. Sed ſi illi promittat, ſolum tenebitur ex veracitate, ſeu fidelitate, implere talem promiſsionem: quæ obligatio non eſt ex ſe grauis, nec reſpicit aliquod jus in promiſſario repugnans cum voto Obedientiæ, vel Paupertatis religioſæ, quemadmodum jus propriæ juſtitiæ repugnat. Quod ſi Prælatus illi promiſsioni addat juramentum, tenebitur etiam ex illo eam implere ſub mortali, vt bene Sylueſt. *verbo, Abbas, q. 4. n. 7.* Angel. *ibi, n. 24.* Azor *1. p. l. 12. c. 20. q. 14.* & alij communiter.

Illud quoq; facilè admiſerim, ſi religioſus vellet, vt bona quæ habet, darentur poſt ejus mortem alicui pauperi, vel loco pio, & nomine talium perſonarum ea ſtipularetur à Prælato, tunc Prælatum, qui promitteret, ſe talia bona illis daturum, teneri promiſsionem implere ex propria juſtitia, quia in eo caſu totum jus acquiretur illi pauperi, vel pio loco, pro quo religioſus, & quilibet alius fauore piæ cauſæ ſtipulari, & acceptare poteſt juxta veriorem ſententiam, quam relatis multis tradit Sanch. *lib. 1. de Matrim. diſp. 7. num. 10.* Vnde facta tali promiſſione, & ſequuta acceptatione religioſi nomine pauperis abſentis ſtatim Prælatus manet obligatus, vt non poſsit promiſsionem reuocare. Debet autem promiſsio fieri non pauperi abſenti immediatè, ſed ipſi religioſo, vt dicendo, *Promitto tibi me tales res daturum illi pauperi*: alioqui dum abſens non acceptauerit, poterit reuocari promiſsio: qua de re videndus eſt idem Sanch. *d. diſp. 7. n. 3. & 12.* 159

Denique id etiam valde notandum, licèt ſimpliciter admittamus poſſe Prælatum obligari ex juſtitia per promiſsionem ſuo religioſo factam ad diſtribuenda ejus bona, juxta illius præſcriptum, hoc eſſe intelligendum, niſi promiſsio eſſet 160

diſtri-

distribuendi alteri religioso sibi etiam subdito, vt bene aduertit Sanch. *tom.* 2. *in Decal.lib.7.cap.8.num.*18. Quia sicut rem illi religioso datam auferre potest, ita potest non dare: cum religiosus ratione voti solemnis Paupertatis nihil habere possit indepedenter à libera voluntate superioris, seu quod superior absque injuria ab eo auferre nequeat.

161 Difficultas præterea est, an possit monachus donare causâ mortis ex superioris licentia? Negant Nauar. *lib.*3. *Consil. in tit.de Donationib.cons.6.num.*4. *in* 1. *editione, & in* 2.*eodem lib.3.tit.de Præsumptionib. consil.* 2. *num.* 3. Emman. Rodrig. *Quæst.Regul.tom.2.q.* 47. *num.* 7.*fine*, & alij apud Sanch. infra citandum. Probant, tum quia cjusmodi donatio est quædam vltima voluntas: monachus autem nihil per vltimam voluntatem disponere potest, etiam si sit Prælatus: tum etiam, quia non potens de jure testari, nequit etiam donare causâ mortis, vt tradit Glos. *in l. Tam is, verbo, Non facit, ff.de Mortis causâ donationib.*

162 Nihilominus contrariam sententiam cum Cyno, Barth. & alijs vt probabiliorem defendit Sanch. *lib.7.in Decal. cap.* 8. *num.* 11. Primò, quia jura solùm prohibent, ne professi testentur: prohibito autem testamento, non eo ipso censetur prohibita donatio causâ mortis, nisi tantùm quando testamentum alicui prohibetur ob naturalem defectum, ratione cujus, nec inter viuos donare posset, in quo sensu recipiunt, & intelligunt Glos. pro priori sententia allegatam, Couar. *Rubr. de Testam.p.* 3. *num.* 11. *ad finem* Matienzo, & alij apud Sanch. *supra*; monachi autem non ob defectum naturalem testari prohibentur, sed propter maiorem obseruantiam Paupertatis, quã professi sunt. Secundò, quia potestas testandi, & potestas donandi causâ mortis non sunt adeo connexæ, vt nunquam reperiatur vna sine alia; nam vxor testari potest absque viri licentia, & tamen juxta valde probabilem sententiam non potest sine consensu viri donare causâ mortis; cum hæc donatio magis accedat ad naturam contractus, quem vxor sine viri licentia efficere nequit. Et è contra filiusfamilias testari non potest de bonis Aduentitijs, etiam patre consentiente: & tamen potest cum patris consensu donare causâ mortis, *l.Filiusfamil.§. Pari autem, ff. de Donat. l. Tam is, §.* 1. *ff.de Mortis causâ donat.* vt diximus *sect.præcedenti,num.*131. Igitur non ex eo quod monachus prohibeatur testari, sequitur prohiberi similiter, ne cum licentia Prælati possit donare causâ mortis. Tertiò denique quia nulla apparet ratio, cur monachus possit donare inter viuos cum licentia Prælati, & non possit similiter donare causâ mortis: nam si non dedecet, quod possit donare v.g. librum de consensu Prælati, itaut statim acquiratur irreuocabiliter donatario, vt fit per donationem inter viuos, minus sanè dedecet, quod possit cum eâdem licentia librum sic donare, vt solum per mortem ipsius donantis acquiratur donatario jus irreuocabile, vt fit, quando donatio est causâ mortis.

Si autem petas quantam donationem causâ mortis facere possit monachus de licentia Abbatis? Respondet optimè cum alijs idem Sanch. *d. n.* 11. *ad finem*, eam quantitatem, quam Monachus donare posset inter viuos cum licentia solius Abbatis, eandem posse donare causâ mortis cum licentia ejusdem: quando autem quantitas esset tanta, vt solum de consensu Conuentûs posset monachus eã donare inter viuos, tunc non posse illam donare causâ mortis, nisi de consensu Conuentûs. Quantum verò à monacho donari possit inter viuos de licentiâ solius Prælati conuentualis, vel de consensu Conuentûs, non potest certò definiri, sed in vnaquaque religione consulenda est consuetudo, quæ in hoc plurimùm valet. 163

Celebris etiam difficultas est, vtrum consuetudine introduci queat, vt monachus testari possit absque licentia Papæ? Negant Bald. *in d.Auth.Ingressi,num.*5. *Cod.de Sacros.Eccles.* & ibi Decius, *num.* 11. Iason, *num.*8. Ægid. *in l.*1. *C. de Sacros. Eccles.p.*1.*§.7.sub num.7.vers. Sed & si* 164

etsi generalis, & alij apud Sanch. infra. Quorum fundamentum est, quod id repugnat statui, & obseruantiæ religiosæ. Oppositum nihilominus meritò sentiunt Nauar. *d. comment.* 2. *de Regular. n.* 44. Tapia *in d. Auth. Ingressi, verbo, Ideoq; nec de his, cap.*1.*num.*6. Sanch. *lib.* 7. *in Decal. cap.* 8. *num. vlt.* & Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.*8.*cap.*16.*num.*11.Ratio est, quia quod monachi testari non possint absq; licentia Papæ, est tantùm de jure humano, vt supra vidimus: consuetudo autem præualere potest contra leges humanas,*cap. finali,de Consuetud.* Præterea Summus Pontifex potest concedere priuilegium, vt monachi testentur, & de facto aliqui Religiosi professi ex tali priuilegio testari possunt, vt infra videbimus. Id autem,quod ex priuilegio fieri potest, etiam consuetudine introduci valet, vt bene docet Felinus, *cap. Quæ in Ecclesiarum, n.*27. *de Constitutionib.*

165 Si verò quæras qualis consuetudo ad hoc sufficiat? Respondeo cum Sanch. *supra*, sufficere eam, quæ regulariter sufficiens est ad derogandum juri humano. Qua de re in materia de Legibus; nec id negant Nauar. & Tapia *supra*, licèt dicant sufficere saltem immemorialem: nam dicendo, *saltem*, significant, se non judicare, quod immemorialis sit necessaria. Nulla tamen consuetudine introduci potest, vt monachus testari possit absque licentia alicujus Superioris, saltem tacitâ, quia talis consuetudo esset contra substantiam voti Paupertatis religiosæ, quod suapte natura obligat ad non disponendum de re aliqua independenter à voluntate Prælati: contra obligationem autem voti nulla consuetudo præualere potest, vt optimè docet Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 10. *cap.* 8. *num.*16. Et ita in specie, quod non possit consuetudine introduci, vt Religiosus testari possit absque vlla licentia, tradit idem Suar. *eodem tom.* 3. *lib.* 8. *c.* 16. *n.* 11.

(:)

§. 3. *Quousq; Summus Pontifex possit, & soleat concedere Religiosis professis facultatem testandi?*

SVMMARIVM.

*Pontifex dispensando cum Religiosis professis, vt testari possint, non relaxat votum Paupertatis religiosæ, neq; in eo dispensat: & quomodo id stare possit? n.*166.*& seqq.*

*Quando dicitur,quod ad valorem testamenti requiritur in testatore facultas testandi independenter à consensu, & arbitrio alterius intelligitur à consensu alterius priuati, non autem à consensu Superioris, præsertim supremi, num.*169.

*Vtrum Pontifex possit concedere monacho facultatem testandi irreuocabilẽ, etiam respectu ipsius Summi Pontificis? n.*170.*& seq.*

*Summus Pontifex non potest facultatem ad testandum monacho concessam reuocare post testamentum jam factum, & morte confirmatum:secus autem, si nõdum morte confirmatum sit, n.*172.

*Vtrum licentia testandi, quam monachus à Pontifice impetrauit, extinguatur condito primo testamento, ita vt non possit condere aliud, quod præualeat aduersus primum? n.*173.

*Summus Pontifex testamentum à monacho factum ita potest confirmare, vt maneat irreuocabile ab ipso testatore: item, si voluerit,poterit ei dare licentiam testandi limitatam ad primum testamentum,n.*175.

*Vtrum dicta facultas testandi monacho concessa expiret morte concedentis? numer.*176.

*Vtrum sub dicta facultate testandi monacho concessâ comprehendatur, & intelligatur licentia ad codicillos, & donationem causâ mortis? n.*177.

Dispensatio in maiori habẽs verba prægnantia extenditur ad id, quod est minus, quando vtrumque est in eodem genere:

nere: secus quando minus est diuersi generis, ibid.

Vtrum si Pontifex concedat monacho licentiam ad disponendum de aliquibus bonis, non exprimendo, per testamētum; possit talis monachus, non solùm inter viuos, sed etiam per vltimam voluntatem de illis disponere? n. 178.

Vtrum ex licentia Pontificis absolutè ad testandum cōcessā possit monachus testari in quoslibet vsus, etiam profanos? n. 179.

Vtrum Pontifex possit concedere monacho facultatem ad testandum, etiam in vsus profanos? Respondetur affirmatiuè, si iusta causa subsit, n. 180. *Quid, si non subsit iusta causa? n.* 181.

Vtrum quando Pontifex concederet monacho licentiam testandi liberè, seu in quosuis vsus, comprehendantur etiam vsus profani? n. 182.

De quibus bonis intelligatur facultas testandi monacho à Pontifice concessa? n. 183. *& seqq.*

An, & quibus Religiosis soleat Pōtifex testādi facultatē cōcedere? n. 187. *& seq.*

Vtrum testamentum monachi factum ante obtentam facultatem Pontificiam sustineatur, & valeat ex facultate superueniente ante mortem testatoris? Quidam negant, num. 189. *Alij communiter affirmant, n.* 190. *Sententia Auctoris, n.* 191.

Testamenta priuilegiata, vt Militare, & ad pias causas, conualescunt per tacitam confirmationem adhibitam à testatore post obtentam facultatem testandi: non ita verò testamenta ordinaria, & cur? n. 192.

166 EX dictis §. *præcedenti* constat, cum dispensatione Summi Pontificis posse Religiosos professos testari. Quæ sententia est omnium ferè Doctorum cōmunis, vt videre est apud Sanch. *lib.7. in Decal. c.8.n.45.* vbi innumeros pro illa refert. Nec Pontifex talem dispensationem concedens relaxat votum Paupertatis religiosæ, in eove dispensat: sed solùm dispensat in Iure humano, quo Religiosi professi testari prohibentur, *vt præcedēti §.* attigimus, & tradunt Nauar. *com.* 2. *de Regular. num.57. & tract. de Reditib. Eccles. in 1. editione, q.* 3. *n.* 26. Molin. *tom.1. de Iust. disp.* 141. *n.* 9. Lessius *lib. 2. de Iust. c.* 41. *dub.* 8. *n.* 73. Rodrig. *qq. Regular. tom.3. q.69. art.2.* Soar. *tom.* 3. *de Relig. lib.8. c.16. n.9. & seq.* & Sanch. *d. c.8. n.* 47. cum alijs. Quanuis oppositū acriter defendat Azor *tom. 1. lib. 12. c.9. q. vlt.* idque non incoloratè; quia, inquit, testari est jure bona in alterum transferre; Religiosus autem stante solemni voto Paupertatis est incapax habendi jus, ex quo bona transferat; & sic testari non potest nisi dispensante Pontifice in ejus voto, illudque relaxante. Vnde non est eadem ratio in donatione, quam fatetur posse fieri à Religioso absq; vlla voti relaxatione: quia donatio potest fieri nomine, vel consensu ejus, qui est dominus rei donandæ: Religiosus autem per votū Paupertatis non fit incapax donandi nomine, & auctoritate alterius, sed tantùm donandi auctoritate propria.

Sed ad hoc bene respondet Sanch. *supra* negando, requiri ad testandum, quod 167 testator habeat jus in bonis, de quibus disponit: nam etiam de re aliena quis testari potest ex consensu domini, qui vt potest dare alteri facultatem ad eam cōsumendam, ita ad testandum de illa, ejusque dominium alteri conferendum, vt indubitatum est: & hujus facultatis capax est monachus, illæso manente voto Paupertatis. Licet enim facultas, seu licentia ad ejusmodi actus, vsumq; bonorum externorum Ius etiam dici soleat: at non est jus ejusdem rationis cum eo, quod ita est objectum justitiæ Commutatiuæ, vt sine contraria injustitia ab inuito auferri non possit; sed est quoddam jus improprium, illudq; auferibile ad nutum Superioris, & sic minimè repugnans cum voto Paupertatis religiosæ, vt optimè declarat Suar. *tom.3. de Relig. lib.8. c.5. n.29.* Vnde, Jure in hunc sensum accepto, bene cum dicto voto cohæret, quod monachus testari possit, & quod testari, sit jure bona in alterum transferre, vt dicebat Azor.

At

At ille non loquitur in hoc sensu, sed in sensu rigoroso, accipiendo Ius pro eo, quod est objectum Commutatiuæ, & dicitur Ius proprietatis, quasi hoc sit omnino necessarium in testatore, vt validè testari posit, quod falsum est.

168 Adhuc tamen contra nostram sententiam objici potest, quod testamentum talem requirit facultatem in testatore, vt ab auctoritate, & arbitrio alterius non pendeat, vt sumitur *ex l. Illa institutio, in princip. ff. de Hæredib. instituen.* Vnde hanc rationem assignat Glos. *in l. Si frater, verbo, Non potuit, Cod. Qui testament. fac. poss.* cur pupillus etiam cum auctoritate, & consensu tutoris testari nequeat: & eamdem tradunt Barth. *in l. Qui in potestate, in princip. ff. de Testament.* & multi alij, cur filiusfamilias testari non posit cum consensu patris de bonis Aduentitijs, cum tamen illo consentiente posit donare causâ mortis. Arqui Religiosus manente illæso voto Paupertatis non potest habere facultatem testandi independenter à consensu, & arbitrio Superioris, vt apud omnes est in confesso; nam substantia illius voti in eo consistit, vt nequeat Religiosus vti vllo modo bonis temporalibus absque Superioris licentia: ergo, vt posit testari, oportet, vt Papa cum eo dispenset relaxando votum, vt non obstet quominus posit disponere jure proprio, & prorsus independenter à consensu Superioris.

169 Propter hoc argumentum facilè defendi posset, quando Pontifex concedit Religioso professo facultatem testandi, dispensare cum illo in voto solemni Paupertatis, saltem quoad vim, quam habet ex jure Ecclesiastico ad reddendam personam incapacem cujuscumque proprietatis, seu disponendi validè jure proprio, absque dependentia à consensu Superioris. Vel certè dispensare in Iure, quo constitutum est, ne valeat testamentum, quod fit dependenter à consensu, & arbitrio alterius: ad eum modum, quo per Jus Canonicum *in cap. Licet, de Sepulturis, in 6.* concessum est filijsfamilias, vt testari possint ad pias causas de bonis Aduentitijs cum consensu patris. At nō est, cur nos in has angustias redigamus propter illud argumentum, quod reverâ non cogit à resolutione supra traditâ vllâ ex parte recedere. Quia, vt omittam, quòd *d. l. Illa institutio*, non probat sufficienter, requiri ad valorem testamenti, quod fiat ex facultate independente à consensu, & arbitrio alterius, neque assignatur alius textus, vnde id colligatur: etiam hoc admisso, vt communiter à Doctoribus admittitur, non sequitur Religiosum professum testari non posse ex facultate, quæ pendeat à licentia, & libero consensu Superioris, præsertim supremi, qualis est Summus Pontifex. Nam quando Doctores dicunt, factionem testamenti debere esse independentem à consensu, & voluntate alterius, id intelligitur de consensu alterius personæ priuatæ, vt optimè notauit Anton. Gom. *in l. 5. Taur. num. 1.* vbi explicans rationem, quam multi Doctores tradunt, cur filiofamilias non permittitur testari de Aduentitijs, etiam de consensu patris, sic ait. *Quod habilitas, & potentia testandi est publici juris, & à publico jure introducta, ideo non debet concedi à priuata persona, & particulari; & sic à patre.* In præsenti autem solùm ponimus, quod Religiosus potest testari ex consensu personæ publicę, qualis est Superior, maximè Summus Pontifex, quod cum natura testamenti non pugnat, vt patet *ex l. Si mutus, ff. de Testament.* vbi dicitur testamentum surdi, vel muti, qui aliàs testari nequit, valere, si factum sit de licentia Principis.

Sic igitur pro constanti habito, quod Pontifex posit dispensare cum monacho, vt testari posit, manente integro voto soléni Paupertatis, nonnullæ emergūt difficultates, quæ prætereundæ non sunt.

Prima difficultas est. An posit Pontifex concedere dictam facultatem irreuocabiliter, non solùm respectu Prælatorū inferiorum (de quo dubium non est, cum Pontifex posit monachum eximere 170

à subjectione quorumcumq; inferiorum Prælatorum) sed etiam respectu ipsius Summi Pontificis? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua est, quia potest Summus Pontifex promittere monacho, se talem facultatem non esse reuocaturum: vnde videtur, quod posit eam ita concedere, vt illam justè reuocare non posit: nam juxta Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. c. 8. num. 17. & c. 17. n.* 33. Superior promittens monacho, tenetur naturaliter, & de justitia stare tali promissione, etiam in materia Paupertatis. Præterea facultas testandi, quam Pontifex concedit multis Episcopis, qui aliàs testari non possunt, videtur irreuocabilis, præsertim si intercedit aliqua compensatio, seu cōpositio cum ipso Pontifice: ergo videtur quod posit etiam similem facultatem monachis concedere.

171 Dicendum nihilominus est, non posse Pontificem id facere, nisi dispensando in ipso voto Paupertatis religiosæ, vt bene docet Suar. *tom. 3. de Relig. lib. 8. c. 16. n.* 13. Quia licentia irreuocabilis dat proprietatem, & jus immutabile, quod postea violari non potest: vnde actus testandi, qui ex illa fieret, esset proprietarius, vtpote jam independens à voluntate alterius: quod illæso voto Paupertatis stare non potest; cum hoc votum per se obliget ad non vtendum; nec disponendum de vllis bonis independenter à voluntate Superioris. Nec refert, quod voluntas Superioris præcesserit, si jus immutabile dedit: nam etiam donatio pendet ex voluntate donantis, & nihilominus proprietatem confert, & ideo reuocari non potest. Unde non est simile, quod affertur de licentia concessa Episcopis, si sint sæculares, siquidē hi sunt capaces dominij, & proprietatis, an verò aliunde talis licētia sit reuocabilis, hic non consideramus. Si autem sint Episcopi regulares, idem de illis dicēdum est, atq; de alijs Religiosis, & sic facultatem illis concessam esse in rigore reuocabilem, ipsamq; reuocationem, si fiat, esse validam, & non injustam contra justitiam cōmutatiuā, quamuis posit esse contra fidelitatem, si promissio non reuocandi præcesserit. Sic idem Suar. & nos in simili cum alijs tradidimus *§. præcedenti, n.* 158. *in fine.*

Aduerte autē ex eodem Suar. *n.* 14. dictam reuocationē fieri nō posse post testamentū jam factū, & morte confirmatū; quia tūc jam est translatū jus in hæredes, quo priuari nō possūt, ex reg. *in l. Id quod nostrū, ff. de Regul. jur.* Nec refert, quod Pontifex re integra poterat testandi facultatē reuocare: nam etiā quādo Prælatus Religionis dedit subdito facultatem donandi aliquid personæ nō subditæ, potest eam facultatem reuocare ante vsum illius: donationē autem jam factā reuocare non potest, quia jam est jus donatario quæsitū. Si autem testamentū nondum sit morte testatoris confirmatū, bene potest Sūmus Pōtifex facultatē reuocare, vt optime probat idem Suar. *n.* 16. tū quia illa facultas nondū habuit actū perfectū, nec hæredibus est quæsitū jus aliquod; cū testamentū, antequā cōfirmetur per mortē, efficaciā non habeat, & adhuc sit quodāmodo in fieri: tū etiam quia Religiosus, quandiu Religiosus manet, nō habet velle, neq; nolle absq; dependentia, & subordinatione ad voluntatē Superioris; vnde quemadmodū voluntas testatoris est deambulatoria vsq; ad mortē, ita vt semper valor testamenti ab illa dependeat in cōseruari, quādiu ipse testator viuit; sic etiam est deambulatoria depēdentia, & subordinatio, quā voluntas illa testatoris religiosi habet respectu voluntatis Prælati, à quo facultatē testādi accepit, ita vt quādiu ipse Religiosus viuit, posit talis Prælatus eam irritare, & inefficacem reddere ad conseruandum, & confirmandum testamentum, quod efficiet reuocādo facultatem testandi, quam dederat. 172

173 Secūda difficultas est. Vtrū licentia testandi, quā monachus à Pōtifice impetrauit, extinguatur cōdito primo testamēto, ita vt nō supersit facultas ad condendum aliud; nec secundū, si condatur, præualeat aduersus primum? Affirmatiua pars placuit aliquibus Doct. quos refert Sāch. *lib. 8. de Matr. disp. 1. n.* 17. Quorū fūdamētū est, quia facultas testandi est quædam dis-

dispensatio immutans naturam, & institutionem bonorum Ecclesiasticorum, ac proinde odiosa, & restringenda ad primum actum: nam sermo simpliciter prolatus, præsertim in odiosis, intelligitur pro prima vice *l. Boues, §. Hoc sermone, ff. de Verbor. significat.*

174 At longè verius est, eam facultatem non extingui primo actu, sed virtute illius licere toties quoties libuerit testamentum facere, ac prius factum reuocare. Sic Nauar. *tract. de Reditib. Ecclesi. n. 23. & 24. aliàs, monit. 9. n. 1.* Mol. *de Primog. lib. 2. c. 11. n. 45.* Mol. Theolog. *tom. 1. disp. 141. §. vlt.* Suar. *tom. 3. de Relig. lib. 8. c. 16 n. 15.* Sanch. *proximè n. 18. & tom. 2. in Decal. lib. 7. c. 8. n. 57.* & plures alij, quos refert. Ratio est, quia ea dispensatio non est interpretanda adeò strictè, vt sit contra naturam testamenti, quæ est, vt vsq; ad mortem mutari, & reuocari possit *l. Si quis, in princip. ff. de Legat. 3.* Præterea facultas data ad aliquem actum intelligitur de actu perfecto, & qui possit habere effectum juxta Glos. communiter receptam *in cap. Ex tenore, de Rescriptis.* Vnde facultas testandi intelligi debet de testamento perfecto, & consũmato, quale non est donec per mortem confirmetur: ergo extenditur ad vltimum testamentum, cum quo testator decesserit. Nec in oppositum facit *l. Boues, in d. §. Hoc sermone,* vbi deciditur, sermonem simpliciter prolatum intelligi de prima vice; quia intelligitur, nisi actus ille sit suapte naturâ reuocabilis, vt relatis alijs tradit Tiraquel. in eadem *l. Boues, limitat. 17. n. 1.*

175 Nota verò ex Suar. *supra n. 16.* posse Pontificem testamẽtum semel à Religioso factum ita confirmare, vt maneat irreuocabile ab ipso testatore, siquidem potest irritare efficaciter omnem reuocationem, quam ille fecerit: cum omnis voluntas monachi quoad ejusmodi effectus sit subordinata voluntati Superioris, vt jam sæpè monuimus. Item, si Pontifex voluerit, poterit dare Religioso facultatem limitatam ad primum testamentum, ita ut nullum aliud virtute illius facere possit, vt per se liquet, & notat idem Suar. nunquam autem talis limitatio præsumitur, nisi Pontifex id sufficienter declarauerit.

Tertia difficultas. Vtrum dicta facultas expiret morte concedentis? Respondetur negatiuè cum Nauar. *tract. Apologetico de Reditibus Eccles. q. 3. monit. 8.* Couar. *in cap Cum in officijs, num. 8. de Testament.* retractans contrariam opinionem, quam priùs tenuerat, Henr. *lib. 7. de Indulg. cap. 21. num. 6.* Mol. *dict. disp. 141. §. vlt.* & Suar. *tom. 3. de Religion. lib. 8. cap. 16. num. 17.* Ratio est, quia talis facultas est quædam gratia: gratia autem morte concedentis non expirat, *cap Super gratia, de Officio delegati, in 6.* Nec opponas, hanc facultatem esse odiosam, cum contineat relaxationẽ, & dispensationem in communi Iure, quo monachi prohibentur testari, & sic potius computari debere inter alia, quam inter fauores, & gratias. Nam respondet bene Suar. licet talis facultas ex ea parte, qua Ius commune relaxat, sit odiosa, & strictè intelligenda, tamen respectu ejus, cui conceditur, esse simpliciter gratiam; & ideo de se stabilem, & permanentem, quandiu non reuocatur: præsertim cum de se talis sit, vt ad suam vtilitatem, & effectum, includat durationem vsque ad mortem ejus, cui conceditur: vnde Pontifex, qui eam concedit, censetur velle, vt eo vsque permaneat. Quod valde notandum est. 176

Quarta difficultas. Vtrum sub dicta facultate testandi comprehendatur, & intelligatur concessa licentia ad codicillos, & donationem causâ mortis? Negant Decius, *cons. 512. numer. 2. volum. 4.* Socin. Junior, *consil. 13. numer. 12. & 13. & consil. 89. numer. 31. volum. 1.* & Graffis, *1. part. Decisionum aurearum, lib. 2. cap. 31. num. 28.* Quia licet plus sit testari, quam codicillare, vel donare causâ mortis, at in dispensationibus, qualis illa facultas est, concesso eo quod est plus, non censetur concessum, quod est minus, vt relatis plurimis tradit 177

Sanch. *lib.* 8. *de Matrim. disput.* 1.*n.* 31. & habetur tanquam regula in illa materia. Nihilominus pars affirmatiua tenenda est cum Nauar. *tract. Apolog. de Reditib. Eccles.q* 3. *monit.* 10. Mol. *d. disp.* 141.*§.vltim.* Henr. *lib.7.de Indulg.c.*21. *num.6.& c.*30 *num.*7. Sanch. *proxime,n.* 38.*& tom.2.in Decalog.lib.7.cap.*8 *num.* 58. & plures alij, quos refert. Probatur, quia illa regula,quod in dispensationibus concesso eo quod est maius, non censetur concessum minus, procedit quando est diuersi generis, non autem quando vtrumq; est in eodem genere: tunc enim dispensatio in maiori habẽs verba prægnantia extenditur, ad minus, vt bene Felin. *in cap. Postulasti, num.*23. *fine, limit.*8 *de Rescriptis*,&alij.In præsenti autem testamentum, codicillus,vel donatio causâ mortis, omnia sunt ejusdem generis, & partes vltimæ voluntatis, quæ in concessione testamenti comprehenduntur, vt probat. *l. Marcellus, ff. de Causâ mortis donationibus*, ibi, *Nam, & causâ mortis donare poterit, cui testari concessum est.*

178 Quinta difficultas. Vtrum si Pontifex monacho concedat licentiam disponendi de aliquibus bonis, vt de ijs quæ extra monasterium acquisierit, non exponendo, quod possit de illis testari, possit talis monachus non solum inter viuos, sed etiam per vltimam voluntatem de illis disponere? Respondet negatiuè Nauar. *lib.*3. *Consiliorum in* 1.*edit.tit.de Regul. cons.*71.*fine,& in* 2. *tit. de Donationibus cons.*7. & Sanch. *lib.*7.*in Decal. cap.*8.*n.* 55. Quæ sententia mihi etiam probatur, quia dispositio per vltimam voluntatem est valde odiosa in monacho,cum sit multùm aliena à religioso instituto, vt optimè declarat Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 8. *cap.* 16. *num.* 10. *fine*, & ideo exigit expressam mentionem, vt concessa intelligatur.

179 Sexta difficultas. Vtrum ex licentia Pontificis absolutè ad testandum concessâ possit monachus testari in quoslibet vsus, etiam profanos? Respondetur solùm posse testari in vsus pios. Ita Molin. *de Primogen.lib.*2.*cap.*9.*numer.*67. Mol. Theol. *tom.*1.*de Iust.disp.* 141.*num.*14. Suar.*tom.*3.*de Relig.lib.* 8. *cap.* 16. *num.* 19. Sanch. *proxime num.*51. & alij, quos refert. Ratio est, quia quando aliquid generaliter, & absolutè conceditur,intelligi debet, saluâ aliàs dispositione juris communis, itaut vbi concessio aliquem effectum operari potest, non debeat extendi ad alios, qui peculiari jure sunt prohibiti: *cap. Porrò, de Priuilegijs,cap.*1 *de Rescriptis, & l. Si quando, Cod. de Inofficioso testamento*:ergo cum specialiter sit prohibitum,nequis disponat in vsus profanos de bonis Ecclesiasticis, qualia sunt, vel efficiuntur quæcumque monachi acquirunt,& in quibus ex Pontificia facultate testari possunt, fit vt ex tali facultate solùm possint disponere in vsus pios. Quo eodem argumento probat Nauar. *tract. Apologet. de Redit. Eccles q.*3.*monit.*6. *num.*3. facultatem testandi à Summo Pontifice Prælatis, & alijs beneficiarijs Ecclesiasticis concessam, intelligendam esse in dubio ad vsus pios; non ad profanos: quæ sententia communis est, eamque relatis pluribus tradit Molin. *lib.*2. *de Primog.cap.*10.*n.*30.

Vtrum autem etiam ad vsus profanos 180
possit Summus Pontifex concedere monacho facultatem testandi de prædictis bonis? Negat Less. *lib.*2.*de Iust. cap.* 19. *num.*40. & Tapia *in Auth.Ingressi, verbo, Ideoque nec de his,cap.*1.*num.*24.*Cod. de Sacros. Eccles.* At contrarium dicendum est, si adsit justa causa. Ita Sanch. *d.cap.*8.*num.*53. Et ratio est, quia ex Superioris licentia potest monachus donare licitè inter viuos aliquid moderatum etiam personæ ditissimæ, quòd sit benemerita monasterij, vel ad ejus voluntatẽ captandam, vt monasterio patrocinetur: vel etiam quia ipse monachus est valde benemeritus de sua religione, & hac de causa dignus, cui aliquid concedatur, vt liberè in amicos, vel consanguineos illud honestè expendat, & similibus de causis. Ob easdem igitur causas poterit Summus Pontifex concedere monacho licentiam vt testetur ad vsus honestos,licet nõ pios.

Si

181 Si autem justa causa non subsit, tunc fatendum est, neque licitè, neque validè posse Summum Pontificem talem licentiam concedere, vt docet idem Sanch. *num.* 50. Quia bona de quibus monachus ex tali licentia testaretur, pertinēt quoad dominium ad Ecclesiam, seu monasterium, & solùm quoad administrationem spectant ad Prælatos religionis, & ad ipsum Papam: administrator autem non potest licentiam concedere, etiam validè, vt bona prodigè, & absque justa causa expendantur, cum hoc non sit administrare, sed dissipare. Nota verò, si monachus ex tali licentia bona illa distribuat, peccaturum quidem esse contra justitiam, nec validituram eam dispositionem ob rationem assignatam: at non peccaturū contra votum Paupertatis, quia illa non distribuit propriā auctoritate, & vt dominus illorum, sed ex consensu, & auctoritate Superioris, quod sufficit vt excusetur à vitio proprietatis, & consequenter à violatione voti Paupertatis, vt latiùs declaraui *in tract. de Rest. bon. extern.* agendo de furtis religiosorum.

182 Ex his colliges, quid dicendum sit, quando Pontifex monacho concederet facultatem testandi liberè, seu, in quosuis vsus, non exprimendo pios, vel profanos. Qua in re Azor *tom.* 1. *lib.* 12. *cap.* 9. *in fine* refert duas opiniones. Prima asserit, quod etiam in hoc casu solùm intelligitur concedi à Pontifice facultas testandi in vsus pios. Quam eandem sententiam tenet in simili Nauar. *tract. Apologet. de Reditib. Eccles. q.* 3. *monit.* 6. *num.* 3. loquendo de facultate testandi à Summo Pontifice Prælatis, & alijs beneficiarijs concessā. Secunda tenet censeri tunc concedi etiam facultatem testandi in vsus non pios, vtiles tamen, & bonos: & hanc sententiam videtur magis probare Azor, quatenus eam secundo loco ponit. Mihi tamen ex præmissis dicendum videtur monachum ex vi talis facultatis nō solum posse testari in vsus pios (quod est citra controuersiam) sed etiam in non pios, quibus justa causa patrocinetur, & juxta exigentiam, seu proportionem talis causę, & non amplius. Nam quando Pontifex concedit licentiam testandi liberè, seu in quosuis vsus, censetur concedere facultatem, quam sine peccato dare potest, & non aliam. Vt Nauar. *loco citato* intelligit, & ex jure probat: cōstat autem ex superioribus, quod etiam ad vsus non pios, quibus justa causa subest, potest Pontifex dare monacho licentiam testandi, non verò ad alios: ergo, &c.

Vtrum religioso Episcopo, aut beneficiario amplior facultas testandi, & disponendi de bonis, quæ possidet, concedi possit à Pontifice, quam simplici religioso? Dicemus commodiùs sect. sequenti, vbi disputabimus, an beneficiarij testari possint? 183

Septima difficultas est, de quibus bonis intelligatur facultas testandi monacho à Pontifice concessa? Hac in re illud in primis constat, non intelligi de bonis proprijs ipsius religiosi, cùm ratione voti solemnis Paupertatis proprium non habeat, nec habere possit. Constat deinde, non intelligi de bonis proprijs alicujus personæ priuatæ, cùm hæc bona, nec quoad dominium, nec quoad dispensationem ad Summum Pontificem pertineant: vnde nō potest dare alicui licentiam, vt de illis disponat. Ita Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 8. *cap.* 16. *num.* 18. Quod intellige, nisi persona, quæ talium bonorū est domina, consensum præstet, vt religiosus de illis testari possit. Nam de bonis alienis ex consensu domini testamentum fieri potest, vt jam supra notauimus.

Constat tertiò, & consequenter, si monachus ante professionem testamentum fecit in fauorem alicujus personæ priuatæ, & post professionem licentiam à Pontifice impetrauit faciendi aliud testamētum, non intelligi talem licentiam, vt testari possit in præjudicium illius personæ, cui bona in priori testamento reliquerat, vt optime notauit cum alijs Sanch. *tom.* 2. *in Decál. lib.* 7. *cap.* 8. *num.* 56. quia illa bona jam virtute prioris testamenti erāt acquisita illi personæ, & licentia Principis non intelligitur cum præjudicio juris alieni. Credit autem Tapia *in Auth. Ingressi,* 184

gressi, verbo, Ideoq; nec de his, cap. 2. num. 26. Cod. de Sacros. Eccles. Si talis monachus in priore illo testamento aliquem substituit, aut fideicommisit, posse ex dicta licentia excludere talem substitutum, aut fideicommissarium. Sed hoc meritò reprobat Sanch. *d. num.* 56. quia licet substitutus vel fideicommissarius solùm acquisierit jus conditionale, idest, si superuixerit hæredi instituto, hoc jus tale est, vt sine maxima causa non possit Princeps illi derogare, vt in simili, relatis plurimis tradit Mol. *lib.* 1. *de Primog. cap.* 8. *num.* 31. loquens de vocatis ad maioratum.

185 Constat quartò, quod bene ex prædictis addit idem Sanch. post Gam. *decis.* 308. *num.* 2. *fine, & num.* 3. non intelligi similiter illam licentiam testandi cum præjudicio monasterij, quoad bona, quæ monachus habebat, antequam profiteretur, & per professionem cesserunt, & fuerunt acquisita monasterio: siquidem facultas testandi non debet intelligi alicui concessa cum præjudicio tertij, *l. Si quando, Cod. de Inofficioso testam.* Hoc tamen intelligendum est, nisi Pontifex sufficienter declararet, se dare licentiam monacho, vt de his bonis testari posset. Nam Pontifex cum sit dispensator, & supremus administrator omnium bonorum spectantium ad monasteria, & Ecclesias, potest illa dispensare, & consequenter dare facultatem, vt monachus testari possit de talibus bonis interueniente justa causa, vt bene admittit Suar. *d. c.* 16. *num.* 19. videturque indubitatum.

186 Constat denique dictam licentiam intelligi ad testandum de bonis, quorum possessionem de facto monachus habet, & illi sunt peculiariter applicata ad proprium vsum, vel dispensationem, vt si viuit extra monasterium, & res aliquas propriâ industriâ, vel ex aliquo beneficio, simili ue ratione acquisiuit, vt notant Nauar. *tract. Apologet. de Reditib. Eccles. q.* 3. *monit.* 11. *num.* 4. Sanch. Suar. & alij *in sequenti difficultate* referendi, ex qua hoc punctum clariùs constabit.

187 Octaua difficultas. An, & quibus Religiosis soleat Pontifex testandi facultatem concedere? Vt autem sciamus, quibusnam id facere soleat, quatuor Religiosorum genera distinguenda sunt. Primum genus est eorum, qui possident aliquod beneficium Ecclesiasticum. Secundum, eorum, qui licet beneficio carcant, & in monasterio viuant, tamen certam quantitatem pecuniæ, vel aliarum rerum ad vitam necessariarum habent ex reditibus monasterij ad suam sustentationem, ita vt siquid ex illa supersit, sibi reseruent, & si quid desit aliunde quærant. Tertium, eorum, qui ex legitima licentia viuunt extra monasterium, & aluntur bonis, quæ propriâ industriâ quærunt; ita ut nihil monasterio tribuant, nec ab illo recipiant. Quartum denique eorum, qui simpliciter degunt intra claustra, vt communiter Religiosi viuere solent.

Religiosis ergo trium priorum generum, conueniunt Doctores, solere Pontificem licentiam testandi concedere: primis quidem de bonis ex beneficio acquisitis: quòd id non vergat in detrimentum beneficij, vel monasterij, sed potiùs in vtilitatem. Nam si testandi spe destituerentur, omnia consumerent tempore vitæ: habitâ verò testandi facultate, multa reseruabunt: in quibus si decedant intestati, succedet Ecclesia, vel monasterium: & si testentur, semper eis aliquid relinquent, præsertim cum solùm ad pias causas ex dicta licentia testari possint. Et eadem ferè ratio est de Religiosis secũdi, & tertij generis quoad dicta bona, quorum vsum, & administrationem in vita habebant. Religiosis autem quarti generis, conueniunt etiam ijdem Doctores, non solere Pontificem eam facultatem concedere, etiam si aliquod peculium habeant. Non negant autem posse interdum Pontificem illam concedere ex justa causa, vt habito respectu ad merita ipsius religiosi, vel ad pietatem operis, ad quod vult testari. Ita Nauar. *d. tract. de Reditib. Eccles. q.* 3. *monit.* 11. *num.* 4. Mol. *disp.* 141. *à num.* 8. Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 8. *cap.* 16. *num.* 18. *&* 19. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 8. *num.* 61. 188

&

& alij, quos ibi refert.

189 Nona difficultas. Vtrum testamentũ monachi factum ante obtentam facultatem Pontificiam sustineatur, & valeat ex facultate superueniente ante mortem testatoris? Negant Jas. Socin. & Simon de Prætis apud Sanch. *lib. 7. in Decal. c.* 8. *num.* 58. qui hanc sententiam dicit probabilem. Et suadetur efficaciter tam ex illa regula, quod testamentum initio irritum ex defectu testantis non confirmatur impedimento cessante, *l. Si filiusfamilias, ff. de Testam. cum concordantibus*, ex quibus habetur testamentum factum à filiofamilias, ab impube, seruo, & similibus, non conualescere adueniente emancipatione, ætate, libertate &c. tum ea ratione, quia licet monachus acceptando illam facultatem, & permanendo cum illa in priori voluntate tacitè confirmet testamentum antea factum, talis cõfirmatio, & ratihabitio tacita, quamtumuis à persona jam habili ad testandum, insufficiens est ad validandum testamentum, vt habetur expressè *in l.* 1. *§. Sed si filius, vbi Glos. & Doctores, ff. de Legat.* 3.

190 Contraria nihilominus sententia est communis: eam tenent Anton. Gom. *in l.* 42. *Taur. num.* 2. Nauar. *com.* 2. *de Regular. num.* 57. Mol. *disp.* 141. *fine*, Barthol. Paul. Castrens. Imola, Ias. & plures alij, quos citat, & sequitur Sanch. *d. cap.* 8. *num.* 59. dicens hanc sententiam esse probabiliorem, eo fundamento; quia testamentum, cum sit actus successiuus, & deambulatorius vsque ad mortem, non censetur perfectè factum vsque ad illud tempus: quare sufficit, quod ipso mortis tempore, quando testamentum perficitur, & confirmatur, adsit facultas, & habilitas testatoris. At hoc fundamentum apertè confunditur ex adductis pro prima opinione, vt consideranti patebit. Neque hanc sententiam ita indistinctè propositam probat textus, quem pro illa affert Anton. Gom. & Sanch. ex *l. Siquis filio exhæredato, §. Irritum, ff. de Injusto, rupto, & irrito facto testamento*, vt statim videbimus.

Quare in præsenti controuersia distinguendum existimo inter testamentum ad pias causas, & ad non pias. Dicendumque, si monachus testatus sit ad causas non pias, tunc veram omnino esse primam sententiam, quod scilicet tale testamentum non conualescat ex superueniente facultate Pontificia ad sic testandũ obtentâ, etiam in casu, quo Pontifex talem facultatem concedere potest, juxta superiùs dicta; quia in testamento non priuilegiato, quale illud est, procedunt efficaciter fundamenta pro prima sententiâ adducta. Si autem testamentum sit factum ad causas pias, tunc omnino admittendum, per superuenientem facultatem Pontificis tale testamentum conualescere, veramque esse secundam sententiam, per text. *in d. §. Irritum*, vbi deciditur testamentum militis ad mortẽ damnati ob delictum militare, quanuis nulliter sit factum conualescere, si postea ei permittatur testari, & ipse voluerit, vt tale testamentum valeat. Quod pari ratione locum habet in testamento ad pias causas, quod non est minus priuilegiatũ, quam testamentum militis. 191

Ratio autem, cur ejusmodi testamenta priuilegiata conualescant per tacitam confirmationem adhibitam à testatore post obtentam facultatem testandi, non ita verò testamenta ordinaria; sumitur *ex d. l.* 1. *§. Sed si filius, juncta Glos.* ibi, *ff. de Legatis*, 3. vbi dicitur, codicillos factos à persona inhabili confirmari, & valere, si talis persona illis non reuocatis decedat, quando jam erat habilis: non ita verò confirmari testamenta, quòd hæc maiorem solemnitatem requirant, quàm codicilli, seu fideicommissa in codicillis facta. Nam testamenta requirunt solemnem voluntatem expressam. *l. Quoniam indignum, & l. Iubemus, Cod. de Testam.* ad codicillos autem sufficit volũtas tacita. Quæ quidem ratio maximè in præsenti militat, cum testamentum militis, testamentum ad pias causas, & similia, non requirant maiorem solemnitatem, & expressionem, quam codicilli, siquidem quælibet nuda voluntas etiam solo nutu decla- 192

declarata in illis sufficit, vt suis locis videbimus: testamenta verò ordinaria etiam personarum Ecclesiasticarum integram solemnitatem juris Ciuilis requirunt, juxta veriorem sententiam, quam *sequenti disputatione* trademus. Cum autem regulariter solùm ad pias causas possint monachi testari ex facultate Pontificia, vt supra visum est, inde est, ut secunda sententia absolutè, & simpliciter statuenda sit: prima vero solùm se habeat tamquam quædam illius limitatio pro casu, quo testamentum sit conditum ad vsus non pios, & ad sic testandum facultas postea impetretur.

§. 4. *De aliquibus Religiosis professis, quibus ex priuilegio, aut consuetudine, integrum est testari: vbi præcipuè de Militaribus.*

SUMMARIUM.

R*Eligiosi Militares in triplici sunt differentia, num.*193.

*Equites Ordinis Christi, Diui Iacobi, de Auis, & similes nubendi capaces, possunt liberè testari, quemadmodum quilibet sæculares, non solùm de bonis patrimonialibus, sed etiam de acquisitis post professionem, atque de ipsis reditibus Commendarum, n.*194.

*Excluditur sententia Nauarri contendentis, prædictos Equites nõ posse liberè testari, etiam ex facultate Summi Pontificis, num.*195.

*Dictos Equites Religiosos non habere dominium bonorum, nec substantialem mutationem factam esse in voto Paupertatis, quod in professione emittunt, & solum posse testari in vsus pios ex facultate reuocabili Pontificis, magis probat Suar. quanuis probabile etiam censeat, eos ex consuetudine testari posse in vsus honestos, licet in rigore pij non sint, n.*196.

*Magis ab Auctore probatur sententia, quæ admittit, dictos Equites habere dominium bonorum, & votum Paupertatis suiße hac in parte relaxatum in illis Ordinibus, poßeque liberè in quosuis vsus testari, n.*197. *& seq.*

*Dicti Equites in Lusitania non gaudent priuilegio Fori quoad bona, nisi sint bona Commendæ, quorum fructus percipiunt, vel propria Conuentûs, n.*198.

*Proponitur, & excluditur sententia existimantium, non posse dictos Equites testari licitè de reditibus Commendarum in vsus profanos: & ostenditur eos reditus non eße simpliciter reditus beneficij Ecclesiastici, nec percipi titulo spirituali, num.*199. *& seq.*

*Commendæ, quæ dictis Equitibus dantur, sunt tantùm quædam temporalia subsidia, vel stipendia pro muneribus temporalibus, num.*200.

*Vtrum dicti Equites Religiosi testari possint de bonis Aduentitijs, etiamsi habeant patrem, è cujus potestate aliàs egressi non sint? n.*201. *& seqq. Resoluitur quæstio affirmatiuè, & excluditur motiua, quibus Valascus Lusitanus contrarium sensit, n.*208. *& seqq.*

*Filiusfamilias ingrediendo, seu profitendo religionem desinit esse sub patria potestate, eod. n.*201.

*Religiosi Societatis Iesv, qui post nouitiatum consueta vota simplicia emittunt, desinunt eße sub patria potestate, num.*202.

*Nomine Clericorum, quibus in Auth. Presbyteros, 1. Cod. de Episcop. & Cleric. conceditur, vt possint liberè testari, & disponere de omnibus bonis, quæ ad eorum dominium venerint, perinde ac si essent Castrensia, comprehenduntur etiam Religiosi, saltem quoad bona, quæ illis post ingreßum in religionem aduenerint: idemque priuilegium competit religiosis Societatis Iesv, qui sola vota simplicia post nouitiatum emiserunt, n.*203.

*Dicti Equites sũt veri Religiosi, & personæ Ecclesiasticæ, gaudentque priuilegio Fori; saltem in criminalibus, & priuilegio Canonis; veniuntque in Iure nomine Religiosorum, saltem in fauorabilibus, num.*204.

Pa-

Patre ingrediente, & profitente religionem, liberatur filius ab ejus potestate, sicut quando ipse filius profitetur, numer. 210.

Minus repugnat quod pater ingrediens, & profitens religionem retineat potestatem in filios, quam quod filius similiter ingrediens, & profitens religionem, maneat sub potestate patris, num. 211.

Sententia Senatûs, etiam supremi, non facit jus ad similes casus. Imo nec sententia Principis, nisi sit lata cum certis conditionibus, & quæ illæ sint? num. 213. *& seq.*

Milites Sancti Ioannis, seu Melitenses testari non possunt absque facultate Sedis Apostolicæ: quæ tamen facilè eis conceditur, num. 215. *Excluditur quædam sententia in oppositum, n.* 216.

Milites Sancti Ioannis per professionem desinunt esse sub patria potestate, & gaudent priuilegio clericis concesso in Auth. Presbyteros, Cod. de Episc. & quid ex tali priuilegio consequantur? ibidem.

Clerici conuentuales ordinum Militarium sunt propriè Religiosi: nec possunt testari absque facultate Pontificia. Si tamen ex legitima licentia viuant extra claustrum deseruiendo alicui beneficio, testari possunt cum certis conditionibus. In his tamen omnibus seruanda est legitima consuetudo inter illos obseruata, num. 217.

Vtrum Eremitæ, Conuersi, & Oblati possint testari? num. 218.

193 PRæcipuè hîc agere intendimus de Religiosis ordinum Militariũ, quos supponimus esse verè Religiosos, saltem quoad statum, vt latè declarat Suar. *tom.* 4. *de Relig. tract. de Varietate Relig. lib.* 1. *cap.* 4. *per totum.* Circa hos ergo prænotandum est, eos in triplici esse differentia: quidam namque sunt Milites, seu Equites, qui ita Religionem profitẽtur, vt nihilominus matrimonium inire possint: alij sunt Equites nubendi incapaces, quales hodie tantummodo sunt Milites Sancti Ioannis, vulgò, Melitenses, seu Maltenses: alij denique sunt Clerici viuentes in communi, vel ex legitima licentia extra claustrum degentes.

Quod attinet ad Equites primi generis, qui videlicet nubere possunt, cujusmodi in hoc regno sunt Equites Ordinis Christi, D. Iacobi, & de Auis, recepta hodie sententia est, eos liberè testari posse; quemadmodum quilibet sæculares, tam de bonis patrimonialibus, quæ habebant ante professionem, quam de acquisitis postea, & de ipsis etiam reditibus Commendarum, si sint Commendatarij. Ita Mol. *disp.* 141. *n.* 6. Emman. Rodrig. eum transferibẽs *tom.* 3. *Quæst. Regul. q.* 29. *art.* 7. *& q* 69. *art.* 7. Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *c.* 8. *n.* 30. vbi alios refert. Consentit quoad bona patrimonialia Mol. Jurista, *lib.* 2. *de Primog. c.* 9. *n.* 69. quamuis dubitet quoad reditus Commendarum. Fundamentum traditæ resolutionis est; quia ex quo cum ejusmodi Equitibus dispensatum est, vt possent vxorem ducere, & viuere in sæculo extra claustra monasterij, splendidamque familiam alere, vsus, & præscripta consuetudo obtinuit, vt quando profitentur, non intendant vouere integram Castitatem, Paupertatem, & Obedientiam, quæ initio in his Ordinibus seruabatur, sed aliam longe laxiorem, qualis hodie scientibus, nec contradicentibus Superioribus, seruatur, & ipso vsu explicata est. Nec id sine graui causa, nam supposita relaxatione harum Religionum, spectatoque viuendi more ipsorum Equitum, illis esset moraliter impossibilis maior illarum virtutum obseruantia. Quamobrem non vouent hodie maiorem Castitatem, quam conjugalem: imo ne hanc quidem in hoc regno vouent Equites Ordinis Christi, vt testatur Mol. *supra*, & quod attinet ad Paupertatem, tam dominium, quam liberam administrationem eos habere prædictorum bonorum, censent idem Mol. & Rodrig. *supra*, & Sanch. *d. cap.* 8. *num.* 28. & 29. cum alijs, quos ibi refert. Et hinc consequenter effectum est, vt possent etiam liberè testari, & disponere de prædictis, 194

ctis, bonis quemadmodum ſæculares de bonis patrimonialibus: ſic ipſâ praxi, & conſuetudine eorum profeſsionem, & laxam Paupertatem interpretante, vt jam Paupertas, quam vouent, in eo tantùm conſiſtat, vt teneantur certis quibuſdam temporibus præſentare Superiori fidele inuentarium omnium bonorũ, quæ poſsident, atque eſſe parati ad ea relinquenda, vel expendenda juxta Superioris beneplacitum, ſi ille aliquid circa hoc præcipiat, vt latiùs explicat Sanch. *ſupra num.*33.*& ſeqq.* Qui tamen addit, in his omnibus ſeruanda eſſe ſtatuta horum Ordinum conſuetudine non abolita, quia ad arctiorem Paupertatem adſtringi nequeunt.

195 Quanuis autem ſic habeat praxis, & magis hodie recepta ſententia, non pauci tamen Doctores, etiam ex Recentioribus, traditæ reſolutioni contradicunt. In primis Nauar. *tract. Apologet. de Reditib. Eccleſ. monit.* 12. acriter contendit, dictos Equites non magis poſſe teſtari, quàm cæteros Religioſos, nec Pontificem illis poſſe dare facultatem teſtandi liberè in vſus non pios; cum bona, quæ poſsident, ſint propria Monaſterij, & Ordinis, in quo profeſsi ſunt, & ſic Eccleſiaſtica, quæ in profanos vſus, etiam de licentia Pontificis, expendi nequeunt. At hæc ſententia communiter à cæteris Doctoribus, & maximè à ſupra citatis, tanquam nimis rigida, & hodie improbabilis rejicitur: cum in contrarium ſtet conſuetudo, & conceſsio Apoſtolica, qua his Equitibus facultas teſtandi conceditur; & ad minimum ex illa conuincitur, eos hodie non indigere nouo priuilegio, vt teſtari poſsint, ſaltem ad vſus pios, & honeſtos. Licet enim Pius V. in quadam bulla, quã ipſe Nauar. ad verbum refert, abſtulerit facultatem teſtandi, quam antea Religioſi Milites ex conceſsione Innocentij VIII. & Clementis VII. habebant: at non abſtulit quam ex conſuetudine habebant Equites, qui nubere poſſunt, vt notarunt Mol. *d. diſp.* 141. *num.*8, & Sanch. *d. cap.* 8. *num.* 30. Et licet admittamus, his etiam fuiſſe ademptam illam facultatem per Pium V; Gregorius XIII. ejus conſtitutionem reuocauit, & priores conceſsiones Innocentij VIII. & Clementis VII. renouauit pro Ordinibus Militaribus Hiſpaniæ, in quodam Motu proprio, quem ad verbũ refert Emman. Rodr. *Quæſt. Regul. tom.*3 *q.*69 *ſub art.* 7. cujus etiam meminit Sanch. *ſupra.* Idemq; priuilegium, ac cætera omnia dictis Hiſpaniæ Ordinibus conceſſa, & concedenda extendit idem Gregorius ad Milites Ordinis de Auis hujus regni in alia Conſtitutione, quam etiam ad verbum refert Rodrig. *loco citato*; & eâdem priuilegiorũ communicatione gaudere cæteros Ordines Militares hujus Regni teſtatur Gabr. Pereyra *deciſ.*58.*n.*3.

Paulò aliter prædictæ reſolutioni ſe opponit Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.*8.*cap.* 16.*num.*22. vbi licet fateatur, competere hodie his Equitibus facultatem teſtandi, illam tamen fundat in ſola prædicta conceſsione Pontificia per Gregor. XIII. nec admittit factam eſſe vllam mutationem in voto Paupertatis, quod ab his Equitibus emittitur, cùm, eo integro permanente licitum eſſe poſsit, teſtamentũ condere ex facultate reuocabili, qualem prædictam conceſsionem eſſe affirmat. Vnde addit, quod non cogimur dicere, hos Commendatarios habere dominium bonorum, de quibus teſtantur; ſiquidem id faciunt ex facultate ſimpliciter reuocabili, quæ proprietatem non inducit, & bene cum ſolemni voto perfectæ Paupertatis religioſæ omne dominium, & proprietatem excludente ſtare poteſt. Et ſi quæras, in quos vſus ex tali facultate teſtari poſsint? Magis quoad hanc partem probat ſententiam Nauarri; quod ſcilicet, ſolùm poſsint teſtari in vſus pios, niſi aliud in facultate expreſſũ ſit, & legitima cauſa intercedat; coquod omnia bona, quæ poſsident, ſint Eccleſiaſtica. Nihilominus tamen *num.* 24. ſatis probabile cenſet conſuetudinem hac in parte ſic inualuiſſe, vt quemadmodum illis permiſſum eſt, vt ſæculariter viuant, ſic eorum bona jam tamquam ſæcularia reputentur, ſitque licita eorum diſpoſitio in vſus 196

vſus honeſtos, quanuis in rigore pij non ſint. Hæc Suarij opinio, quoad omnes ejus partes, mihi videtur ſatis accõmodata, & rationi conſona, eâ potiſsimum de cauſa; quia neq; eſt tam rigida, vt opinio Nauar. neq; Religioſum ſtatum horum Equitũ adeò imminuit, ſicut ſuperior Molinæ, & aliorum reſolutio, quæ votum Paupertatis penè tollit de medio, dum admittit, poſſe hos Equites teſtari, & diſponere tanquàm veros dominos bonorum, quæ poſsident.

197 At non propterea recedendum cenſeo à prædicta reſolutione Molinæ, & aliorũ; tum ob fundamentum pro illa adductũ: tum etiam, quia ſatius eſt admittere hos Equites non intendere hodie vouere, & profiteri maiorem Paupertatem, quàm quæ conuenit antiquo vſui, & modo viuendi ſæculariter illis permiſſo; quam admittere eos vouere integram Paupertatẽ religioſam, ita vt quoad ſtatum, & profeſsionem ſint tam pauperes, quemadmodum cæteri Religioſi; quoad vſum verò eſſe quemadmodum ſæculares. Maximè cum ferè omnes, qui hodie ad hujuſmodi Ordines admitti poſtulant, honoris potiùs. & temporalis commodi, quàm Religioſæ profeſsionis ſtudio ducãtur, vt omnibus eſt notiſsimum.

198 Itaq; negamus contra Suar. hos Equites ex ſola facultate reuocabili teſtari de bonis patrimonialibus, & reditibus Cõmendarum, tanquam puros earum adminiſtratores, non autem dominos. Cum hodie, ſic interpretante conſuetudine, antiquam nõ voueant Paupertatem, quæ dominium, & liberam bonorum adminiſtrationem excludat, vt ſupra declaratum eſt. Vnde conſequenter negamus, eos ſolùm poſſe teſtari de illis bonis in vſus pios, & non in quoslibet alios, quaſi illa bona eſſent propriè Eccleſiaſtica. Nã ex quo admittimus eos eſſe veros illorũ dominos, Eccleſiaſtica nõ ſunt. Cujus rei illud etiam argumento eſt, quod vt tradit Mol. *d. diſp.* 141. *n.* 6. *fine*, dicti Equites in hoc Luſitaniæ Regno jam multis ab hinc annis non gaudent priuilegio Fori quoad dicta bona, ſed reſpondere tenentur coram judice ſæculari, & ſolùm in criminalibus, aut cum agitur de bonis Commendæ, quorum fructus percipiũt, aut de bonis Conuentûs, ſeruatur eis priuilegium Fori, & reſpondent coram proprio judice Ordinum. Si autem omnia bona, quæ poſsident, Eccleſiaſtica eſſent, & propria monaſterij, etiã quoad illa omnia gauderẽt priuilegio Fori; cũ nõ tantũ perſonæ, ſed etiã bona Eccleſiaſtica ab omni ſæculari jurisdictione ſint exempta, *Cap. Eccleſia Sanctæ Mariæ, de Conſtitut.*

Alij deniq; licèt quoad cætera prædictã reſolutionem principalem admittant, nõ audent tamen concedere, poſſe hos Equites licitè teſtari, & diſponere in vſus profanos de reditibus Cõmendarũ. Hi ſunt Mol. Iur. *lib.* 2. *de Primog. c.* 9. *n.* 69. *verſ. Sed verius eſt.* Emman. Rodr. *tom.* 2. *Sũmæ, c.* 31. *n.* 3. vbi ſimpliciter negat, poſſe hos Commendatarios diſponere in vſus profanos de reditibus Cõmendarũ; quãuis ſi filios legitimos habeant, non audeat affirmare illicitũ eſſe eis aliquid de talibus bonis relinquere, aut inter viuos donare, cũ cõſuetudo in contrariũ ſtet. Fũdamentum horum DD. eſt, quia reditus Cõmendarũ cenſentur reditus beneficiorum Eccleſiaſticorũ, de quibus neq; per vltimam volũtatem, neq; inter viuos Beneficiarij poſſunt licitè diſponere in vſus profanos, niſi ſpecialem, & ex juſta cauſa, ad id habeant Pontificis facultatem, vt *ſectione ſequenti* explanandum eſt. 199

Cæterùm neq; quoad hanc partẽ à Superiori noſtra reſolutione recedendum credimus: tum quia antiquiſsimâ conſuetudine obtentum eſt, vt etiam de his reditibus liberè dicti Commendatarij diſponant in quoſuis vſus, etiam profanos; tum etiam quia licèt dicti reditus aſsimilentur reditibus beneficiorũ Eccleſiaſticorũ, qui nõ poſſunt licitè expẽdi in vſus profanos, tamen nõ ſunt ſimpliciter reditus beneficij Eccleſiaſtici, nec percipiũtur titulo ſpirituali, ſed in præmium, aut ſub onere militiæ temporalis, & ſic titulo temporali, vt notat Victoria in *Relect. de Simonia, n.* 45. & Suar. *tom.* 1. *de Relig. lib.* 4. *de Simonia, cap.* 27. *nnmer.* 6. 200

vbi optimè probat, Commendas Militares solùm esse temporalia quædam subsidia, vel stipendia pro muneribus temporalibus; ideoq; per se spectatas non esse materiam Simoniæ. Quare mirum non est quod tales reditus censeantur tanquã bona patrimonialia, & sic quòd pari modo de illis possint disponere dicti Commendatarij in quoslibet vsus. Ad quod facit, quòd ex Soto, & Corduba tradit Sanch. *d.c.*8. *n.* 29. scilicet, eos, quibus titulo sæculari assignantur reditus Ecclesiastici, manere liberos ab stricta obligatione cõuertendi superflua in opera pia. Et ex his corruit, fundamentũ cõtrariæ sententiæ.

201 Quæres, An dicti Equites testari possint de bonis Aduentitijs, etiamsi habeant patrẽ, è cujus potestate aliàs egressi nõ sint? Hæc quæstio magnâ contentione agitata fuit in Senatu Lusitano, teste Valasco *consult.* 108. vbi eã latissimè pertractat. Pro parte igitur affirmatiuâ duo potissima, satisq; efficacia sunt fundamenta. Primum est, quia filiusfamilias ingrediendo, seu profitendo Religionem, definit esse sub patria potestate, vt tenent Glos. *in l. Si ex causa, §. Papinianus, verb. Cũ statum, ff. de Minoribus*, & ibi Barth. cum cõmuni, Cardinalis *Clem. finali, n.* 9 *q.* 11. *de Regular.* Angel. Syluest. Tabien, Armil. *verbo, Patria potestas.* Nauar. *com.* 2. *de Regular. n.* 41. Couar. *in c. Quia nos, n.* 5. *de Testam.* Ant. Gom. *in l.* 48. *Taur. n.* 4. Emman. da Costa *in c. Si pater, p.* 2. *verb. Testatore mortuo, n.* 11. *de Testam. in* 6. Pinel *in l.* 1. *p.* 1. *n.* 46. *C. de Bonis maternis*, Mol. *disp.* 140. *n.* 12. *& disp.* 229. *n.* 9. Sãch. *lib.* 4 *in Decal. c.* 35. *n.* 46. *& latiùs lib.* 5. *c.* 5. *n.* 29. multiq; alij, quos citat Valasc. *d. consult.* 108. *n.* 5. Quæ sententia licèt nullo textu exprimatur, eã tamen efficaci ratione fulcitur; quia per professionẽ transit filius in potestatem Abbatis, seu Superioris, propriæ Religionis, & sic non debet manere in potestate patris; eum nemo possit duobus dominis seruire, vt in Euãgelio dicitur. Quo argumento quãdo adoptatus constituitur sub potestate adoptantis, vt hodie fit, quando filiusfamilias adoptatur ab auo materno, vel etiã à paterno non habente filium in potestate, *l. Cum in adoptiuis, C. de Adoptionionibus, & §. Sed hodie, Inst. eodem titulo*; eo ipso definit esse sub potestate patris, vt ex eisdem juribus colligit Pichardus *in d. §. Sed hodie, fine*, & cõstat apertè *ex l. Si pater, 41. ff. de Adoptionibus*. Igitur, cũ Equites, de quibus loquimur, Religionem sint professi, & per talem professionem transierint in potestatẽ Superioris ipsius Religionis, sub patria potestate non manent: & sic nullum ex eo capite habẽt impedimentũ, quominus testari possint de omnibus suis bonis, perinde, ac si essent emãcipati.

Dices, hos Equites non esse perfectè Religiosos, sed tantùm lato quodam modo, præsertim juxta sententiam à nobis supra traditam, quæ admittit eos habere dominium, & liberam bonorum administrationem, quemadmodum sæculares. At hoc non obstat, quia adhuc stat, quòd per professionem, & maximè per votũ Obedientiæ transeunt, & constituuntur sub potestate Superioris sui Ordinis. Quæ ratio est sufficiens, vt à patria potestate liberentur. Neque refert, quòd sint capaces habendi proprium, illudq; de facto habeant, nam etiam Religiosi Societatis, qui post bienniũ nouitiatus vota simplicia emiserunt, retinent dominium bonorum, quæ antea habebant, illudq; denuò acquirere possunt: & nihilominus, quia transierunt in potestatem Superiorũ ejusdem Societatis, à patria potestate eximũtur, vt bene docet Sanch. *supra n.* 31. Vnde non obstante, quod habeant patrẽ, sub cujus potestate antea erant, testari possũt de omnibus suis bonis, vt §. 6. diximus. 202

Secundum fundamentũ ejusdem partis affirmatiuæ est, quia omnia bona, quæ in laicis essent Aduentitia, fiunt quasi Castrensia, si veniant ad dominium clericorum, ita vt hi, si aliunde non impediantur, possint de illis testari, & disponere, quanuis sint filijfamilias, dummodo legitimam portionem parentibus relinquant, vt habetur *in Auth. Præsbyteros* 1. *C. de Episcop. & Cleric.* in qua decisione nomine Clericorum 203

com-

comprehenduntur omnes Religiosi, saltem quoad bona, quæ illis post ingressum in Religionem adueniunt, vt tradunt Panormit. *cap In præsentia, n. 56. de Probationibus*, Rozel. *verb. Clericus*, 4. *n. vlt. & verbo, Legare, n.* 18. Syluestr. *verb. Cleric.* 4. *q.* 14. *& verbo, Religio*, 6. *q.* 1. *dict.* 5. Angel. *verbo, Religiosus, n.* 56. Tabien. *verbo, Religio, q.* 36. *n.* 37. Mol. *disp.* 140. *n.* 13. Azor *tom.* 1. *lib.* 12. *c.* 8. *q.* 9. asserens, omnes DD. in hoc conuenire, Sanch. plures referens, *lib.* 7. *in Decal. c.* 13. *n.* 44. *& seqq.* vbi addit idem priuilegium competere Religiosis Societatis, qui sola vota simplicia post biennium nouitiatûs emisere, imò cōpetere etiam nouitijs cujusq; Religionis, vt scilicet bona, quæ ipsis post ingressum in nouitiatum adueniunt, sint quasi Castrensia: quod etiam admittit Azor *d. q.* 9. Et ratio hujus traditionis est, quia nomine Clericorum in fauorabilibus comprehenduntur omnes, qui non sunt, laici, vt docent Abbas *in Rubrica, de Vita, & Honestate Clericorum, n.* 4. Rosel. Syluestr. Angel. Tabien. *verbo, Clericus*, 1. *in princ.* & prætereà, quia priuilegium *d. Aut. Præsbyteros*, conceditur omnibus personis, quæ gaudēt priuilegio Fori, vt ex Nauar. tradit Sanch. *sup n.* 46.

204 Ergo cum dicti Equites sint suo modo veri Religiosi, vt est communis sententia, & admittit Ordin. Lusit. *lib.* 2. *tit.* 3. *in princ.* neq; sint personæ laicæ, sed Ecclesiasticæ, gaudeantq; priuilegio Fori, saltem in criminalibus, vt pro Equitibus Ordinum hujus regni constat ex eadem Ordin. Lusit. *lib.* 2. *tit.* 12. & vniuersim pro omnibus ejusmodi Equitibus tradit latè Suar. *tom.* 4 *de Relig. tract. de Varietate Religion. lib.* 1. *c.* 4. *à n.* 27. vbi docet, eos esse simpliciter personas Ecclesiasticas, & gaudere priuilegio Canonis, & Fori, venireq; in jure nomine Religiosorum simpliciter loquendo, præsertim quoad fauores, & gratias, quòd in Bullis Pontificijs ita simpliciter appellantur, habeantque in Ecclesia propriū, & specialem statum, non Sæcularem, sed Ecclesiasticum, & Religiosū: planè consequitur, eos gaudere priuilegio *d. Auth. Præsbyteros*, & sic saltem bona, quæ ipsis post susceptionē habitûs adueniunt, fieri quasi Castrensia, atq; adeo posse de illis testari, & disponere, non obstante quod habeāt patrem, etiamsi admittamus, quod per professionem ab ejus potestate non sunt egressi.

Nihilominus partem negatiuam defendit Valascus *d. consult.* 108 *à n.* 19. ex regula generali, quòd filiusfamilias, etiam patre consentiente, testari non potest, *l. Qui in potestate, ff. de Testam.* sub qua regula comprehendi Equites, de quibus est quæstio, quasi per professionem non liberentur à patria potestate, neque aliquo priuilegio à dicta regula excipiantur, probat respondendo ad fundamenta supra posita partis affirmatiuæ, quanuis ille ea non proposuerit adeò efficaciter, & tot citatis Doct. vt à nobis sunt proposita. 205

Ad primum itaq; respondet, quando DD. dicunt, quod per professionem Religiosā eximitur filius à potestate patris, non loqui de his professis ordinum Militarium, cū tales non viuant intra claustra, sed in sæculo, sicut quilibet laicus, habeantq; vxorem, ac bona propria ex generali dispensatione Pontificū: & sic non debere ad eos extendi, quod alijs professis tribuitur: cum talis extensio nullo jure fulciatur, imò sit contra regulam generalem, nequis censeatur exemptus à patria potestate, nisi per modos à jure introductos. Et ita etiam sentit Sanch. *lib.* 4. *in Decal. c.* 35. *n.* 52. docens, professū in ordine Militari non manere per talem professionem extra patriam potestatē. Quod si opponas ab his Equitibus verè in professione emitti vota religiosa Cōtinentiæ, Paupertatis, & Obedientiæ, & sic per talem professionē eos transire in potestatē suæ Religionis, seu Superioris illius, ac proinde desinere esse sub potestate patria. Respōdet idem Valascus *n.* 26. quod licèt ea vota emittat, tamen statim ex dispensatione Pontificia relaxantur. Quo innuit, eos non transire cum effectu in potestatem Religionis, & sic non eximi à patria potestate. 206

Ad secundum respondet primò, text. *in d. Auth. Presbyteros* forsan solùm pro- 072

G 2 cede-

cedere in personis ibi relatis, idest, in Presbyteris, Diaconis, Subdiaconis, Cantoribus, & Lectoribus, non verò in alijs, quorum métio ibi non fit, dum lex illa fit exorbitans à regula, & sic non possit extendi, etiam ad eos, in quibus sit tanta, vel maior ratio; *Auth. Quas actiones; cũ ibi notatis Cod. de Sacros. Eccles.* Secundò respondet hos Equites non appellari clericos, nec habere aliquem sacrum Ordiné, & sic esse extra dispositionem illius textus. Addit tandé in fine cõsultationis, quod ex his fuit pro hac parte iudicatũ in Senatu Lusitano, tam in prima, quã in secunda instantia, omnium ferè suffragijs.

208 Cæterum his non obstantibus, pars affirmatiua videtur probabilior, & in praxi sequenda ex fundamentis pro illa adductis, quibus reuerà Valascus non satisfacit. Nam quod ad primum respondet, sententiam Doctorum asserentium, per professionem religionis eximi filiũ à potestate patris, nõ procedere in dictis professis ordinum Militarium, eoquod vxorem ducant, proprium habeant, &c. videtur liberè dictum, & contra mentem illorum Doctorũ. Ratio enim, qua mouentur ad asserendũ patriam potestatem cessare per professionem filij, non est, quod filius longe arctiorẽ viuendi modũ per ipsã professioné suscipiat; sed quia constituitur sub speciali obedientia; & potestate Superioris Religionis. Quæ ratio æquè militat in dictis professis ordinũ Militariũ; siquidem per suam professionem, ac præsertim per votum obedientiæ, manẽt sub potestate, dominatiua Magistrorum taliũ ordinũ, & tenentur illis obedire iuxta regulam, & statuta ipsorũ Ordinũ, quæ consuetudine abrogata non fuerint. Et cõfirmatur exemplo adoptionis superius adducto: siquidem per illã non transit filius ad modũ viuendi arctiorem, aut perfectiorẽ, & tamen eo ipso quod constituitur sub potestate adoptantis, desinit esse sub potestate patris, vt vidimus.

209 Neq; verum est, quod idem Valascus *n.* 26 dicit, scilicet, statim per Pontificẽ relaxari vota, quæ à dictis Militibus in professione emittuntur: hoc enim constat esse falsum, quia post professionem manẽt obligati ad seruandum votum Castitatis coniugalis, & similiter ad seruandam Paupertatem, & Obedientiam, quàm vouerunt; neq; est vnde colligamus talia vota per Pontificem relaxari. Imo docet bene Suar. *tom. 4. de Relig. lib. 1. de Variet. Relig. cap. 4. n. 29.* vota horum Militum, licèt non sint perfectè solemnia, hoc tamen participare de solemnitate votorũ, quod sint absolutè perpetua, & multo difficiliùs dispensari possint, quàm vota merè simplicia, idq; propter cõiũctioné, quã habẽt cũ vera traditione religiosa, qua isti professi Religioni tradũtur. Quamobrẽ multi DD. eorũ vota appellãt solemnia.

Aliter probari posset, & quidẽ satis efficaciter; dictos professos Militares non liberari à potestate patria; quia ex opposito sequeretur, quod etiã profitente solo patre in aliqua ex prædictis religionibus Militaribus, nõ manerent filij in eius potestate. Nã DD. pari modo asserunt, filiũ liberari à potestate patris per professioné ipsius patris in Religione approbata, atq; per professionem ab ipso filio emissam, vt videre est apud Mol. *disp. 140. n. 12.* & Sanch. cũ pluribus *lib. 4. in Decal. c. 35. n. 44.* Vnde quando professio est talis, vt emissa à filio operetur liberationẽ à potestate patris, hoc ipsũ operatur, si sit emissa à solo patre; & ècõtra, vt optimè aduertit idẽ Sãch. *n. 45.* & ratio est, quia professio operatur hunc effectũ, eoquod per illã constituitur professus sub potestate alterius, vt dictũ est: non solũ autem liberatur filius à potestate patris, quãdo ipse filius constituitur sub alterius potestate, sed etiã quãdo solus pater simili potestati subijcitur, vt constat *ex l. Sic eueniet, 21. ff. ad l. Iuliam, de Adulter.* ibi: *In sua enim potestate nõ videtur habere, qui nõ est suæ potestatis.* Atqui nõ est admittendũ, quod pater emittens professioné in ordine Militari desinat habere filios in potestate, vt bene aduertit Sanch. *d. c. 35. n. 52.* & constat satis experientiã, cũ tales in sæculo maneãt, & retineant curã filiorũ, ac bonorũ administrationé: ergo etiam admitti nõ debet, quòd filius similé professioné emittendo à pa- 210

à patria potestate liberetur.

211 Fateor hoc argumentum non mediocrem habere vim:at tantam non habet,vt cogamur à contraria sententia recedere. Respondeo igitur, licet regulariter professio religiosa, quæ emissa à filio cum liberat à potestate patris, illum etiam liberet, quando emittitur à solo patre: attamen id non procedere in professione de qua hìc loquimur;quia per illam sic transit profitens in potestatem religionis, vt ex dispensatione, & consuetudine non maneat incapax habendi dominium, & potestatem in vxorem, & bona, cum libera eorum, & familiæ administratione, ac regimine: vnde rectè potuit, ac debuit retinere curam, & potestatem in filios; quod totum spectat ad fauorem talium professorum, & procedit quasi radicaliter ex dispensatione, qua illis permissum est, vt possent nubere, & viuere sæculariter. Inde autem non sequitur, quod sic etiam trãseant in potestatem Religionis, vt tamen non egrediantur patriam potestatem, si erant filijfamilias; quia hoc non spectat ad fauorem, nec sequitur ex prædicta dispensatione, quæ cum ob eorum gratiam facta sit, non debet in dispendium retorqueri, *cap. Quod ob gratiam, de Regul. juris, in 6.* Et præterea, quia minus repugnat, quod quis subjeiatur potestati vnius, & simul habeat alios in potestate, quàm quòd simul sit sub potestate duorum dominorum subordinationẽ inter se non habentium: cum potestas, & dominium vnius necessariò impediatur per potestatem, & dominium alterius.

212 Quod verò ad secundum fundamentũ ejusdem partis affirmatiuæ Valascus respondet, non minus facilè refellitur: nam quod primò dicit text. *in d. Auth. Presbyteros* solùm procedere in personis ibi relatis, & non de omnibus clericis,etiam ordinum Minorum, ac soliùs primæ tonsuræ, est contra communissimam Doctorum sententiam, quam tradidimus *sect. præcedenti, n.* 124. cui non obstat, legem illam esse exorbitantem à regula generali, & sic non debere extendi ad alias personas, etiam in quibus sit eadem, vel major ratio; quia quòd procedat de omnibus clericis etiam primæ tonsuræ,non est extensio, sed comprehensio, quia nomine clericorum in fauorabilibus veniunt omnes personæ Ecclesiasticæ,vt supra vidimus; & in illa *Auth. Presbyteros* dictum priuilegium absolutè conceditur omnibus, qui clerici appellantur,vt constat, & ferè omnes Doctores intelligunt ex illis verbis ejusdem Auth. ibi: *Quos omnes clericos appellamus.* Deinde,quod dicit secundò, Equites, de quibus est quæstio, non appellari clericos, & ita esse extra dispositionem illius textus, admitti etiam non potest, quia licet non soleant appellari clerici, neq; in rigore clerici sint:attamen in fauorabilibus nomine clericorũ censentur, vt constat ex adductis in eodem secundo fundamento partis affirmatiuæ: alioqui neq; Religiosi aliarũ religionum,qui nullum Ordinem habent, & laici appellantur, dicto priuilegio gauderent; quod est falsum, & contra cómunem sententiam in eodem secundo fundamento relatam.

Quod tandem idem Valascus testatur 213 pro illa sua sententia, & ex fundamentis ab ipso adductis,judicatum fuisse inSenatu hujus Regni,nos etiam non cogit à cõtraria sententia recedere, etiam pro hoc Regno;quia licet Gama *decis.* 228. alijsq; in locis, Pinel. *in l. 2. C. de Rescind. vendit. p. 2. c. 4. n. 2.* Cald. Pereyra *de Renouat. q. 15. n. 27.* Cabed. *p. 1. decis.* 212. *n.* 1. & multi alij Iuristæ,quos refert Emman. Barb. *in Remissionib. ad Ord. Regiam lib. 3. tit. 64. n. 6.* dicant, sententiam Senatûs facere jus quoad omnes casus similes:hoc meo judicio est falsum;tum quia *in l. Nemo judex,* 13. *C. de Sentent. & Interlocut.* expressè declaratur, non debere judices sequi in judicando sententias latas ab alijs judicibus, etiam valde eminẽtibus, si crediderint eas non fuisse latas secundũ leges:cum,vt ibi subditur, *Nõ exemplis, sed legibus judicandum sit*;tũ etiam,quia soli sententiæ Principis latæ cum causæ cognitione, ob supremam ejus auctoritatem tribuitur,quod habeat vim legis, quã inferiores judices in similibus causis sequi tene-

teneantur, vt constat *ex l. vlt. C. de Legib.* atque vt ipsa etiam Principis sententia talem vim habeat, opus est, vt ex verbis illius constet non esse latam ex solo arbitrio prudenti, & opinativo, vt ferri solet à judicibus inferioribus, sed etiam ex potestate, & voluntate stabiliendi certum jus; & prætereà vt talis sententia sufficienter proponatur, seu publicetur, tanquam communis regula decidendi similes causas, prout vtrumq; optimè probat
214 Suar. *lib. 3. de Legib. cap. 15. n. 16. & 17.*

Itaque nulla sententia judicum, qui non habent potestatem condendi leges, Ius constituit, aut constituere potest, pro causis similibus, vt idem Suar. egregiè probat, *num.* 21. & tenent etiam optimi Juristæ, quos citat, & sequitur Barbosa *supra*; cum ea tamen limitatione, nisi forsan ex eisdem inferiorum sententijs consuetudo esset introducta; quæ quidem limitatio verissima est, illamque ponit Glos. *in d. l. Nemo, verbo, Magistratus*: rectè autem ibi addit, quod tunc magis dicor sequi consuetudinem, quàm sententiam. Stat ergo, quod sententia illa Senatûs Lusitani, quam Valascus refert, in qua judicatum fuit, non potuisse testari quemdam Equitem Ordinum Militarium viuente ejus patre, è cujus potestate aliàs egressus non erat, vim legis pro similibus causis non habet, & sic non cogimur illi stare: quanuis non negauerim magnum habere pondus tanquam opinionem grauissimorum Doctorum, à qua in consulendo non ausim recedere, dum patronos æqualis auctoritatis nó reperio.

215 Quod verò attinet ad Equites Religiosos alterius generis, qui scilicet nubere non possunt, quales sunt Milites Sancti Ioannis, seu Melitenses, dicendum existimo cum Mol. *disp.* 141. *num.* 8. & Suar. *tom. 3. de Relig. lib 8. cap. 16. num. vlt.* eos ex vi suæ professionis, & juris communis testari non posse absque priuilegio, seu facultate Sedis Apostolicæ, quemadmodum de cæteris Religiosis professis §. *præcedenti* dictum est, quanuis faciliùs, & frequentiùs ejusmodi facultas eis conceeditur, quia vel viuunt extra communitatem, & habent bona ipsorum vsui, ac dispositioni peculiariter applicata, vel ob alias causas similes. Unde non approbo quod ex Jacobo Bereta tradit Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 8. num. 36.* videlicet, hos Equites stando in jure communi, & vi sui voti, testari posse; quòd non eam Religiosorum claustralium rigidam Paupertatem voueant, sed bona sua retineant, & de illis disponant: at suis constitutionibus illis interdici testari absque Superioris licentia, tanquam quid Paupertatis voto consonum.

Hoc, inquam, non approbo; siquidem 216
hi Equites voueant solemniter integram Castitatem, Paupertatem, & Obedientiam, quemadmodum Religiosi claustrales, & ratione solemnis voti Paupertatis non retinent, neque possunt habere dominium bonorum, sed omnia bona, quæ possident, sunt Ecclesiastica, & propria Ordinis, quibus non aliter vti possunt, quàm juxta facultatem à suis Superioribus concessam, vt latiùs declarat Suar. *tom. 4. de Relig. tract. de Variet. Religion. lib. 1. cap. 4. num. 5.* nullusque Superior, præter Summum Pontificem, eis potest dare facultatem ad testandum cum generaliter omnibus Religiosis professis, qui proprium non habent, interdictum sit testari per leges Pontificias, aut à Pontifice auctoritatem habentes, in quibus solus Pontifex dispensare potest, vt *supra num.* 152. ostensum est. Vnde in his Equitibus à fortiori procedit, quod proximè tradidimus circa Equites, qui matrimonium inire possunt, scilicet per professionem desinere esse sub patria potestate, & gaudere priuilegio clericis concesso in *Auth. Presbyteros, 1. Cod. de Episcop. & Cleric.* & sic non impediri, quominus testari possint, ex eo quod habeant patrem, è cujus potestate ante professionem egressi non fuerant: nec patrem habere vsumfructum in bonis, quæ ipsis post professionem aduenerunt.

Quod denique attinet ad clericos cōuentuales eorundem Ordinum Militarium, (quos verè, & strictè Religiosos esse citra dubium est, teste Suar. *proximè citato*, 217

tato num. 1.) statuendum similiter est cũ eodem Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 8. *cap.* 16. *numer. vlt.* eos ex vi suæ professionis, & iuris communis, testari non posse absque facultate Summi Pontificis; quemadmodum de cæteris professis strictarum Religionum dictum est. Cæterum si de legitima licentia extra claustrum viuant, inseruiendo alicui beneficio, docet cum alijs Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 8. *numer.* 37. quod possunt testari, eâ tamen conditione, vt quotannis inuentarium bonorum tempore præfixo Superiori præsentent, & dummodo quintam bonorum partem monasterijs relinquãt; quòd id eis indulserit Clemens VII. Addit verò Mota relatus à Sanch. aliam limitationem, nempe, dummodo tertio quoque anno petant à Superiore licentiam testandi, & dummodo non testentur de bonis, quæ ex beneficio sæculari habent: asseritque Pium V. in quadam Bulla declarasse, non censeri in claustris habitare, qui ad claustrum ad tempus redierunt, vt triennio Priorum munus obeant. At in his omnibus standum esse consuetudini legitimè inter eos obseruatæ, meritò existimat Sanch. *d. num.* 37. *fine*, & hæc satis pro Militaribus.

218 Dubitari præterea solet de Eremitis, Conuersis, & Oblatis, an testati possint? Qua de re videndus Sanch. *dict. cap.* 8. *à numer.* 4. Ego breuiter dico; Quicumque ex his professionem Religiosam emiserunt, vt Conuersi Religionum communiter emittere solent, testari non posse, nisi ex facultate Summi Pontificis, quemadmodum de alijs professis, *§. præcedenti* dictum est. Qui autem professionem non emiserunt, testari possunt, etiamsi se, & sua Ecclesiæ obtulissent; quia licèt proprium non habeant, tamen cùm non sint incapaces illud acquirendi, & habendi, nihil id obstat, quominus testari possint, vt constat ex supra notatis *num.* 151. non possunt autem id facere in præjudicium Ecclesiæ, cui bona sua donarunt, & hæredis erit acceptare, aut nolle acceptare, institutionem, vt bene Abbas *cap.* *In præsentia, fine, de Probation.*

§. 5. *De Religiosis, qui cum filios, vel alios descendentes haberent, professionem emiserunt; an, & qua ratione inter illos testari possint?*

SUMMARIUM.

Refertur verba Authenticæ, Siqua mulier Cod. de Sacrosf. Ecclesf. quæ præsenti quæstioni occasionem præbuit. Et proponuntur duæ principales difficultates in hoc §. expediendæ, num. 219.

Dicta Auth. non habet locum in professis Ordinum succedendi incapacium, num. 220.

Vnde dicta Authentica vim habeat, ad hoc vt juxta illam possint professi inter liberos testari? num, 221.

Ad hoc vt professi religionum succedendi capacium possint testari inter liberos juxta dispositionem dictæ Auth. non indigent aliâ licentiâ Papæ, vel Superiorum Religionis, num. 222.

An distributio bonorum juxta formam dictæ Auth. sit verè testamentum, an simplex bonorum diuisio inter liberos? num. 223. *& seq. An sit actus proprij dominij, quod maneat in professis, in quibus dispositio dictæ Auth. locum habeat? num.* 225.

Vtrum dispositio dictæ Authenticæ locum habeat in professo, qui ante professionem fecit testamentum nullum inter liberos? num. 226.

Professi, quibus in d. Auth. Siqua mulier, testari permittitur, solùm juxta formam, & modum in ea præscriptum testari possunt, num. 227.

Filius professus solos ascendentes habens non potest ex dispositione dictæ Auth. inter illos testari, num. 228.

Licet parenti concedatur posse testari non solemniter inter liberos: non tamen liberis conceditur posse similiter testari inter parentes, ibidem.

Concessio dictæ Auth. locum etiam habet in persona, quæ unum tantùm habet filium, imò, & in persona nullum filium habente, si habeat alios descendentes, num. 229.

Vtrum concessio dictæ Auth. intelligatur etiam de persona, quæ solùm habeat liberos illegitimos? n. 230.

Cùm in d. Auth. conceditur professo, vt possit omnem substantiam inter filios diuidere, sua persona filijs connumerata, cujus portio ad monasterium pertineat, an per (omnem substantiam) intelligatur totus bonorum cumulus, vel ea tantum pars, de qua pater potest liberè disponere, vt Tertium in Lusitania, & Quintum in Castella? num. 231. & seqq.

Professus diuidens bona inter filios in Regno Castellæ, potest aliquem, vel aliquos ex illis meliorare in Tertio, numer. 235.

Quas alias vtilitates habeat concessio dictæ Auth. Siqua mulier, in Lusitania, Castella, & alijs Regnis, vbi maior pars bonorum spectat ad legitimas filiorum? ibidem.

Pater Religiosus volens diuidere inter filios omnem substantiam juxta formam d. Auth. potest, saluâ eorum legitimâ, vnum, vel plures ex filijs meliorare, stando in terminis juris communis, num. 236. An id habeat locum in Regnis, vbi maior pars bonorum parentum pertinet ad legitimam filiorũ? num. 237.

Quantam partem substantiæ teneatur pater Religiosus reseruare monasterio, quando diuidit omnem substantiam inter liberos, juxta concessionem d. Auth? num. 238. & seq.

Pater Religiosus non potest ex facultate testandi inter liberos concessâ in d. Auth. substituere pupillariter, num. 240. potest tamen substituere exemplariter, num. 241. imò, & vulgariter, vel per fideicommissum, aut etiam compendiose. Et quomodo id sit intelligendum? num. 242.

Vtrum parens Religiosus habens facultatem testandi ex d. Auth. possit maioratum instituere? num. 243.

Vtrum parens Religiosus, cui ex dicta Auth. competit facultas testandi, debeat testari statim post professionem, vel possit id differre vsque ad tempus mortis? num. 244. & resoluitur num. 247. & seq.

An patre, vel matre religionem profitente, debeatur statim legitima filijs, alijsque descendentibus? d. num. 244. cum seqq. Filio religionem profitente, an statim debeatur legitima parentibus? num. 246. fine.

Si patre, vel matre profitente, non statim detur legitima filijs tenetur monasterium dare illis alimenta ex bonis parentis, num. 247. etiam filijs spurijs talis professi alimenta debentur, ibid.

Occasionem huic quæstioni præbuit Auth. *Siqua mulier, Cod. de Sacros. Eccles.* desumpta ex *Auth. de Sãctissimis Episcopis, collat. 9. tit. 15. cap. 38.* & relata in *cap. Siqua mulier 19. q. 3.* quæ sic habet, *Si persona liberos habens, antequam de rebus suis inter eos disponat, monasterium intret, liceat ei postea inter eos diuidere, legitimâ non diminutâ, & quod eis non dederit, monasterio competet: sed si omnem substantiam inter filios diuidere voluerit, sua persona filijs connumerata, partem sibi retineat, quæ monasterio competere debet; sed si post ingressum moriatur, antequam inter eos diuidat, filij legitimam percipiant, reliquâ substantiâ monasterio competente.* Sic in d. Auth. Circa quam duplex est capitalis difficultas. Prima, vtrum tales professi juxta eam legem testari possint inter liberos, absque alia Superiorum facultate? Secunda, supposito quod testari possint, qualiter inter liberos bona diuidere possint? 219

Quod attinet ad primam difficultatem, illud ante omnia statuendum, dispositionem *d. Auth.* non procedere in professis Ordinum succedendi incapacium, quales sunt Minoritæ, quia tales à die professionis reputantur tanquam naturaliter 220

raliter mortui. Et praeterea, quia d. Auth. solum loquitur de professis in monasterio, cui competit jus succedendi in aliquam partem bonorum de quibus antea non disposuerant, & cum sit exorbitans à regula generali, valdeque specialis, non debet ad alios extendi. Atque ita docent Barthol. Iason, & alij, quos citat, & sequitur Sanch. tom. 2. in Decal. lib. 7. c. 9. nu. 2. & 3. vbi bene aduertit, idem dicendum esse de Professis, & Coadjutoribus formatis Societatis Iesu, cum hoc Religio sit etiam incapax succedendi, & illi eodemmodo reputentur tanquam naturaliter mortui. Quare vbi quis in talibus Ordinibus profitetur, si antea de suis bonis nõ disposuit, illi succedunt hæredes ab intestato, perinde ac si naturaliter moreretur.

221 Statuendum deinde, dictam Authenticam procedere, & habere vim quoad professos Ordinum capacium succedendi in eorum bonis. Eam tamen vim non habere à potestate Imperatoria, & ciuili, quidquid in contrarium dixerit Gutierr. Quæst. Canon. lib. 2. cap. 1. num. 89. cum leges ciuiles specialem mentionem clericorum facientes, etiamsi ipsis fauorabiles sint, nullam eo ipso vim habeant, vt est communis sententia, de qua in materia de Legibus. Neque etiam ex eo quod sit inserta in corpore Iuris Canonici in d. cap. Siqua mulier, 19. q. 3. (quamuis multi Doctores eam ibi canonizatam censeant, & exinde dictam vim habere, vt videre est apud Sanch. supra num. 6.) quia fuit inserta per Gratianum, qui auctoritatem non habebat eam canonizandi; sed ex eo quod tacitè fuit à Summis Pontificibus approbata, vt tradunt Mol. disp. 141. num. 4. Less. lib. 2. de Iustit. cap. 41. dubitat. 10. num. 81. Sanch. d. cap. 9. num. 7. & Suar. tom. 3. de Relig. cap. 16. num. 1. quia id deducitur ex epistola Diui Gregorij, quæ refertur in cap. Quia ingredientibus 19. q. 3. vbi Sanctus Pontifex allegat, & canonizatam supponit similem Authenticam, satis innuens omnes ejusmodi leges receptas, & approbatas esse ab Ecclesia, & quidem hac ipsa, de qua loquimur, ipso etiam vsu, & consuetudine recepta est. Quare dubium non est habere vim legis Ecclesiasticæ, ac juxta illam posse dictos professos inter liberos testari.

222 Vnde vlterius statuendum, vt hi professi juxta formam dictæ dictæ Authenticæ testari possint, non indigere noua alia licentia Summi Pontificis, vel Superiorum Religionis, siquidem per eam legem illis est concessa facultas Pontificia, & sic nulla alia eis est necessaria. Ita Gutier. proxime num. 96. & Sanch. num. 3. contra Emmanuelem Rodrig. innuentem requiri adhuc licentiam Prælati Religionis.

223 Dubitari verò solet, an distributio bonorum juxta formam dictæ Authenticæ sit verè testamentum, an simplex bonorum diuisio inter liberos? Sanch. d. cap. 9. num. 10. cum Nauar. Emman. Rodrig. Less. & alijs, verius existimat non esse testamentum, sed diuisionem quandam, cũ hæc sit minus aliena à religioso instituto, quàm dispositio testamentaria, quæ quandam imaginem dominij præ se fert. Habetque hæc sententia quandam vtilitatem pro Regno Castellæ, siquidem per Ius nouũ illius Regni eadem solemnitas requiritur in testamento inter liberos, quæ exigitur in testamento inter extraneos: tenendo autem, quod illa bonorum distributio non est testamentum, sed tantùm diuisio quædam, satis est, quod per duos testes probetur, vt bene aduertit Sanch. supra num. 11. fine, post Mol. Iustitam lib. 1. de Primogen. cap. 12. n. 23.

224 At probabilius credo, illam dispositionem esse testamentum, seu habere vim testamenti, vt tenet Gloss. in d. cap. Siqua mulier, verbo, Diuidere 19. q. 3. Bald. in d. Auth. Siqua mulier, num. 25. & alij apud Sanch. supra num. 9. Quod etiam magis probant Barthol. in eadem Auth. num. 20. Iason ibi num. 49. & Suar. tom. 3. de Relig. lib. 8. cap. 16. num. 2. quia reuera est vltima voluntas succedens loco testamenti, quod ante professionem faciendum erat; atque ita docent habere omnes effectus vltimæ voluntatis. Neq; est inconueniens, quod dispositio testamentaria aliquam vmbram dominij præ se

se ferat; quia cum reipsâ non sit actus dominij, quando fit à monacho, sed quædam tantùm administratio, & vsus bonorum ex facultate Superioris, non pugnat cum voto solemni Paupertatis, vt latiùs explicuimus, §.3.*n.*167.

225 Imò Suar. *d.c.*16.n.4. non reputat inconueniens admittere in casu præsenti, quod illa dispositio sit verus actus dominij: siquidem eo ipso quod votum Paupertatis fit à tali persona, intelligi potest fieri cum moderamine, seu conditione à jure statutâ, & sic non ampliùs obligare; ac præterea, quia votum Paupertatis non reddit personam inhabilem ad dominium, nec illud de facto tollit, nisi in virtute juris humani: vnde cum ipsum jus talibus professis permittat, vt dicto modo testari possint, facilè potuit suspendere inhabilitatem pro illo tempore, & permittere in illis dominium limitatè ad illum actum. Qui dicendi modus est satis probabilis, quanuis minimè necessarius.

226 Dubitari etiam potest, vtrum dispositio *d. Auth.* locum habeat in professo, qui ante professionem fecit testamentum nullum inter liberos; vt si aliquem filium in eo prætetijt, vel titulo institutionis eis, aut vni saltem eorum nihil reliquit, licèt alioqui suas legitimas eis assignauerit; in quibus euentibus testamentum est nullum? Huic dubitationi respondent affirmatiuè Tapia *in Auth. Ingressi, verbo, Ideoque nec de his, cap.*1.*n.*67.*Cod.de Sacrosf. Eccles.* & Sanch. *tom.* 2.*in Decal.lib.*7.*cap.*11.*num.*8. & meritò, quia licèt *in d. Auth. Siqua mulier*, solis professis, qui ante professionem non disposuerunt, concedatur, vt possint bona diuidere inter filios, non censentur exclusi à tali concessione, qui disposuerunt inualidè; quia paria sunt actum non esse, & esse nullum, *l. Duo sunt Titij, ff. de Testamentaria tutela.* Nec præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, *regul. Non præstat, de Regul.jur.in* 6.

227 Quod ad secundam difficultatem attinet; qualiter scilicet dicti professi testari possint? Id primum constituendum est, non posse illos professos ex vi *d. Auth. Siqua mulier*, testari aut diuidere bona, nisi juxta formam, & modum in ea præscriptum, vt optimè notarunt Nauar. *comment.* 2.*de Regular.num.*53.Mol *disp.* 141.*num.*4.*fine*.Sanch. *tom.*2.*Decal.lib.* 7.*cap.* 9. *num.* 8. & 20. & Suar. *tom.* 3 *de Relig. lib.* 8. *cap.* 16. *num.*4. Quia cum concessio illius Authenticæ sit valde specialis, non potest vltra ejus terminos extendi.

Hinc colliges contra Odofredum in eadem *Auth. num.* 2. & Mol. Juristam *lib.* 2. *de Primog. cap.* 9. *num.* 64. filium professum solos ascendentes habentem non posse inter illos testari, & diuidere, licèt sint hæredes necessariò instituendi; quia cum in illa Auth. specialiter conceदatur parenti religioso, quòd possit bona diuidere inter filios, non debet extendi ad filium, qui solùm habet ascendentes, vt possit similiter inter illos post professionem testari; præsertim cum in illo non sit eadem ratio; siquidem magis proprium est parentum diuidere inter filios, quàmècontra. Unde licèt parenti concedatur posse testari non solemniter inter liberos, *l. Hac consult.§. Ex imperfecto, Cod. de Testament.* at non permittitur ècontra, filios sic testari inter parentes, vt probat Iason *in d. Auth sub num.* 33. Et ita hanc sententiam tenet Speculator *tit.de Statu monachorum §. vnico, num.*59 *q.*53. Jason *vbi supra*, Suar. *d.c.* 16. *num.* 7. & alij, quos citat, & sequitur Sanch. *d. cap.*9. *num.* 20. & eandem censet probabilem Mol. Jurista *supra, num.* 65. *fine.* 228

Quanuis autem dicta concessio intelligenda sit limitatè ad formam, & terminos illius *Auth.* atque in eo textu exprimatur, eam concessionem fieri personæ liberos habenti: cum hoc stat, quod licèt persona vnum tantùm habeat filium, in ea nihilominus comprehendatur, vt benè tradunt Iason *in d. Auth. à num.* 37. Nauar. *comment.* 2. *de Regular. num.*47. Emman.Rodrig. *Quæst.Regular. tom.*2. *q.*80.*art.*2. & Sanch. *d.lib.*7. *cap.* 9. *num.* 12. Tum quia non dicitur esse sine liberis, 229

ris, qui habet vnum filium, aut filiam, vt exprimitur *in l. Non est sine liberis*, 148. *ff. de Verbor. signific.* tum etiam, quia in pœnali materia lex, vel statutum loquens in plurali habet locum in numero singulari *l. 2. §. Sed, & si vnus, ff. de Vi bonor. raptor.* Atq; idem dicendum est de persona nullum habente filium, si habeat alios descendentes, vt nepotes, aut pronepotes; quia nomine liberorum quilibet descendentes comprehenduntur, vt expresse habetur *l. Liberorum*, 220. *ff. de Verbor. signific.* Atque ita declarat *lex Partitarum*, 17. *tit.* 1. *partit.* 6. & tenet Sanch. *proximè, num* 13.

230 Si verò quæras, vtrum dicta concessio intelligi etiam debeat de persona, quæ solùm habeat liberos illegitimos? Omissa longiori disputatione, resolutiuè dico, personam habentem liberos illegitimos, qui per leges, aut statuta, vel consuetudines locorum sunt hæredes necessariò successibiles respectu illius, ita vt tam ex testamento, quàm ab intestato illi debeant succedere, comprehendi in concessione illius *Auth.* secus autem si non sint hæredes ita necessarij. Sic Nauar. *proximè citatus, num.* 47. Emman. Rodrig. *proximè eodem art.* 2. & Sanch. *num.* 15. Ratio est, quia in persona habente liberos primi generis militat ratio *d. Auth.* non ita verò in habente liberos secundi generis. Hinc deducitur matrem habentem filios illegitimos ex coitu per leges non punibili, comprehendi in dicta concessione; quia tales filij ei succedunt tam ex testamento, quàm ab intestato, etiam si sit illustris, *l. Si qua illustris, juncta Glos.* ibi, *Cod. Ad Senatusconsultum Orficianum, cum similibus*, & communi sententia. Et similiter in hoc regno dicendum de patre habente filios naturales, seu ex muliere, cui validè poterat nubere, si erat plebeius, quando illos suscepit: secus autem si erat nobilis, quia per legem hujus regni *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 92. filij naturales plebeiorum sunt eis necessariò successibiles, non ita verò nobilium. Quod autem diximus de persona habente solùm filios illegitimos, qui ei sunt hæredes necessariò successibiles, dicendum similiter est de habente tantùm legitimatos, cum hi etiam respectu illius sint hæredes dicto modo necessarij: & ita cum alijs notat Sanch. *supra num.* 17.

Circa modum autem diuisionis bonorum, quæ juxta dispositionem *d. Auth. Siqua mulier*, fieri potest à professo, non leues sunt dubitationes. Dubitatur enim primo, quando professus non vult relinquere filijs solas legitimas eis debitas, sed omnem substantiam inter illos diuidere, juxta concessionem *d. Auth.* ibi: *Sed si omnem substantiam inter filios diuidere voluerit, &c.* an tunc suâ personâ filijs annumeratâ, possit inter eos diuidere totum cumulum bonorum quę habet, ita vt suæ personæ, atque adeò monasterio reseruet partem proportionalem totius cumuli, vel solùm possit diuidere cum ea proportione substantiam, quæ deductis legitimis filiorum ad ipsum spectat; vt verbi gratia in Lusitania, tertiam partem totius cumuli, de qua parentes liberè possunt disponere? Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 8 *cap.* 16. *num.* 5. *&* 6. quem sequitur Castro Palaus *tom.* 3. *tract.* 16. *disp.* 3. *puncto* 13. *num.* 7. *&* 8. existimat, in proposito euentu solùm posse diuidere partem, quę ad ipsum spectat, vt quintum in Castella, & tertium in Lusitania; quia *in d. Auth.* ita parenti conceditur; posse diuidere omnem substantiam inter filios, suâ personâ eis connumeratâ, vt tamen legitima filiorum non minuatur; vnde solùm videtur ei concedi licentia ad diuidenda omnia sua bona libera, quæ sunt extra legitimas, & bona necessaria filiorum. 231

Confirmatur, & declaratur hæc sententia. Quia si dicamus dari parenti Religioso licentiam ad diuidendum dicto modo totum cumulum bonorum, admittendum erit posse in Hispania, & Lusitania minui legitimas filiorum; nam si ponamus Religiosum Hispanum duos filios habentem, totum cumulum suorum bonorum inter illos diuidere, reseruando suæ personæ partem proportionalem, quæ monasterio competat, remanebit monasterio tertia pars illorum bonorum, & 232

& filij accipient tantummodo alias duas tertias, quæ non adæquant totam legitimam eis debitam; siquidem per leges illius Regni de sola quinta parte suorum bonorum possunt parentes liberè disponere, & aliæ quatuor partes pertinent ad legitimam filiorum. Similiter in Lusitania, si Religiosus habeat vnum tantùm filium, & cum eo diuidat omnia sua bona, reseruando æqualem partem pro monasterio, solummodo feret talis filius dimidium illorum bonorum, cùm tamen ad ejus legitimam spectent duę tertiæ per leges hujus Regni, ne igitur contra dispositionem *d. Auth Siqua mulier*, admittamus minui posse à parēte Religioso legitimas filiorum, tenendum erit, non concedi illi *in d. Auth.* licentiam diuidendi inter filios, suâ personâ eis connumeratâ, totum cumulum bonorum, sed solam eam partem, de qua liberè aliàs poterat disponere, & quam totam posset relinquere monasterio.

223 Nihilominus Sanch. *tom.2. Decal. lib. 7. cap. 9. n. 26.* cum Angulo, quem refert, apertè sentit, non concedi parenti Religioso, vt diuidat dicto modo inter filios partem, quæ deductis eorum legitimis ad ipsum spectat, sed solùm quòd possit diuidere totum cumulum bonorum; docet enim in Regno Castellæ non posse talem parentem ex vi *d. Auth.* tribuere filijs, aut vlli eorum partem aliquam quinti, de quo parentes in eo Regno liberè possunt disponere, sed totum illud remansurum monasterio. Hæc sententia habet fundamentum in verbis *dictæ Auth.* ibi: *Sed si omnem substantiam inter eos diuidere voluerit.* Vnde stando in rigore illius juris mihi videtur vera. Neq; obstat, videri juxta illam, posse in Hispania, & Lusitania fieri à parente Religioso diuisionem bonorum inter liberos cum diminutione legitimarum ipsorum liberorum, vt pro confirmatione primę sententiæ allegabatur. Nam *d. Auth. Siqua mulier*, procedit, & loquitur in terminis juris communis Authenticorum, juxta quod, si parēs non habeat plures filios, quàm quatuor, eorum legitima est sola tertia pars omnium bonorum parentis, & aliæ duæ tertię spectant ad ipsum parentem, vt possit de illis liberè disponere: si autem habeat plures filios, quàm quatuor, eorum legitima est dimidium bonorum parentis, & aliud dimidium pertinet ad ipsum parentem liberè, vt habetur *Auth. Nouissima, & Auth. Vnde si pater, Cod. de Inofficioso testamento*: in quibus terminis diuiso toto asse pro æqualibus partibus inter filios, parente ipsis connumerato, nunquam minuitur legitima filiorum, sed semper aliquid vltra eam filijs tribuitur, vt consideranti patebit.

Vbi autem maior pars bonorum spectat ad legitimam filiorum, vt in Hispania, Lusitania, & quibusdam alijs regnis, non habet locum illa optio, quæ parenti Religioso conceditur, vt se filijs annumerato, possit omnem substantiam inter eos diuidere, ne sequatur dictum inconueniens diminutionis legitimarum. Unde in ijs regnis tota substantia, quæ superest, deductis legitimis filiorum, ad monasterium spectat, nec pater aliquid ex ea filijs dare potest, nisi consuetudine aliud sit receptum: cum *in dicta Auth. Siqua mulier*, non concedatur patri Religioso, quòd possit aliquid tribuere filijs, vltra legitimas eis debitas, nisi in terminis juris communis, quòd hac in parte non seruatur in prædictis Regnis; in quibus proinde solùm juxta *d. Auth.* poterit talis parens testari inter liberos diuidendo inter illos partem bonorum, quę juxta leges, vel consuetudines eorundem Regnorum ad filiorum legitimas spectat. 224

Nec dicas, talem testandi facultatem esse superfluam, quòd eâ sublatâ, adhuc filij in dictis Regnis reportarent suas legitimas, & monasterio reseruarentur reliqua bona patris. Nam reuerà superflua non est, sed magnas habet vtilitates: siquidem ex illa poterit pater substituere exemplariter, vt ex infra dicendis constabit. Item in Regno Castellæ poterit meliorare aliquem, vel aliquos ex filijs in tertio bonorum remanentium post deductum quintum, de quo liberè poterat disponere, vt contra Gregor. Lopes notant, 225

tant, & declarant Sanch. *d. c. 9. n. 29.* Suar. *d. c. 16. n. 5.* Mol. Iurist. *lib. 2. de Primog. c. 9 à n. 57. fine*, Mol. Theol. *disp.* 141. *n. 4.* & alij cōmuniter. Quia licet in eo Regno ad legitimam descendentium pertineāt omnia bona parentis, præter quintum, de quo liberè disponere potest, tamen integrum illi est post deductum quintum detrahere tertium reliquarum quatuor partium, & disponere de illo ad libitum inter ipsos descendentes, vt disponunt leges illius Regni, quas refert, & in summam redigit Mol. *disp.* 158. *n. 9.* Poterit etiam assumere, & deputare res, quas maluerit in tertium, & quintū juxta easdem leges Castellæ, vt idem Mol. tradit. Quod similiter cum proportione dicendum in cæteris Regnis, secundùm jus cōmune, vt cū alijs tradit Valasc. *consult.* 69. *n.* 24. *per text. in l. Scimus §. Repletionem C. de Inoffic. testam.* Poterit quoq; ex dicta facultate exhæredare aliquē filium, si ad id habeat legitimam causam. Quæ vtilitates, & si quæ sunt aliæ, omnino cessarent, si pater Religiosus illam testandi facultatem non haberet, & sic non potest talis facultas censeri superflua.

236 Secundò dubitatur, vtrum volente patre Religioso diuidere inter filios omnē substantiam, juxta formam *d. Auth. Si qua mulier*, diuidenda sit talis substantia pro partibus æqualibus, vel possit parens aliquem ex filijs in ea diuisione meliorare? Communis sententia est posse meliorare vnum, vel plures ex filijs, dummodo nulli minuatur legitima, quæ singulis debetur. Ita sentiunt DD. referendi *n. seq.* Et probatur, quia stando in terminis juris communis, in quibus nunquam legitima filiorum est maior pars substantiæ parentum, neq; monasterio, neq; filijs fit injuria in eo, quod parens plus alicui eorum tribuat: non filijs, siquidem eis non debet, nisi solam legitimam, quā integrā illis reseruatā, plura supersunt bona, ex quibus nihil eis dare tenetur, cum totum illud residuum posset relinquere monasterio: non etiam monasterio; quia monasterium solùm habet jus, vt sibi tribuatur pars proportionalis illorum bonorum, quam pater suā personā filijs connumeratā sibi reseruare debet, vt *in d. Auth.* exprimitur: quod autem reliqua substantia diuidatur inter filios æqualiter, aut inæqualiter, monasterij non interest; & sic nihil obstat, quominus reliqua illa substantia pro parte, qua legitimas filiorum excedit, possit à patre diuidi inæqualiter inter filios.

Hanc doctrinam recipiunt Sanch. *lib. 7. in Decal. c. 9. à n. 26.* quamuis cum aliquibus explicationibus, Suar. *tom. 3. de Relig. lib. 8. c. 16. n. 5. & 6.* & alij, quos referunt: minus tamen bene, vt existimo, illam applicant ad terminos juris Castellæ, & aliorum Regnorum, in quibus maior pars substantiæ parentum pertinet ad legitimam filiorum. Sanch. enim *n.* 29. exinde cum alijs infert, posse in regno Castellæ patrem Religiosum diuidere inæqualiter inter filios tertium bonorum, quæ remanent post deductum quintum, quod in eo regno spectat ad liberam dispositionem parentum. Quod licet verissimum existimem, & sit communis sententia, à qua malè recessit Greg. Lopes, vt jam *supra, n* 235. notauimus, non bene tamen deducitur ex eo, quod *in d. Auth.* conceditur parenti Religioso, vt possit omnem substantiam diuidere inter filios, reseruata parte proportionali, quæ monasterio competat; cum inde sequatur sæpe minuendam esse legitimam filiorum, quæ in illo Regno est tota substantia patris, præter quintum, vt *supra, n.* 232. *cum seqq.* explicatum est. Suar. etiam *n. 6.* ex eadem doctrina infert, quod in Castella pater Religiosus potest suā personā filijs connumeratā diuidere inter eos inæqualiter quintum, vt si habeat duos filios, & quintum sint tres mille aurei, quod possit dare vni filio duo mille, reseruando mille pro monasterio. Quod etiam nobis displicet: cum illa Authentica non concedat, quod possit pater diuidere solam partem substantiæ remanentem post deductam legitimam filiorum, sed quod possit diuidere omnem substantiam, seu totum assem, vt supra resoluimus, & tenet cum alijs Sanch. *supra,* 237

H *num.*

*num.*30. dum non vult, quod in Caſtella poſsit pater Religioſus diuidere quintũ inter filios, ſed quod totum debeat reſeruare monaſterio, præterquam in quodam euentu, quem ibi explicat, in quo tantum monaſterio reſeruetur, quantum capit filius, cui plus dat.

Tertiò dubitatur, quantam partem ſubſtantiæ teneatur pater Religioſus re-
238 ſeruare monaſterio, quando diuidit omnem ſubſtantiam inter liberos juxta conceſsionem *d. Auth?* Sanch. *d.c.9.n.26. cũ Gloſ. in eadem Auth. verbo, Connumerata*, Barth. ibi, *n.* 21. & quibuſdam alijs, reſpondet, ſi talis Religioſus diuidat ſubſtantiam inter filios pro partibus æqualibus, teneri relinquere monaſterio quantum dederit cuilibet filio; ſi autem pro partibus inæqualibus, teneri dari monaſterio quantundem confert filio, cui plus relinquit. Addit verò idem Sanch. *n.* 27. hoc limitandum eſſe in regno Caſtellæ, vt non aſsignetur, nec aſsignari poſsit monaſterio vltra quintam bonorum partem, licèt alicui filiorum maior pars relinquatur.

239 Meliùs autem ad propoſitam dubitationem reſpondet Suar. *d.c.* 16.*n.*6. & ex eo Palaus *d. tract.* 16. *diſp.* 3.*p.* 13. *n.*7. ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter pater diuidat ſubſtantiam inter filios, non teneri relinquere monaſterio, niſi partem proportionalem, quemadmodũ ſi ſubſtantiam pro æqualibus partibus inter omnes diſtribueret. Quia *in d. Auth.* ſolùm quoad hoc punctum dicitur, vt pater volens omnem ſubſtantiam inter filios diuidere, ſuâ perſonâ eis connumeratâ, partẽ ſibi retineat, quæ monaſterio competere debet. Quę verba ſolùm cogunt reſeruare monaſterio partem proportionalem, quæ reſpondet numero filiorum, ſuâ perſonâ eis connumeratâ, vt ſi habeat duos filios, debeat reſeruare pro monaſterio tertiã partẽ bonorũ, reliquâ ſubſtãtiâ filijs relictâ. Quod ſatis ratione patet; ſiquidem in rigore nõ tenetur dare monaſterio pluſquam tertiam partem, ſi velit alias duas diſtribuere inter filios: vnde licèt eas diſtribuat inæqualiter, nihil monaſterio nocet: & ſic nihil obſtat, quominus id efficere poſsit.

Quartò dubitatur, vtrum parens Religioſus ex facultate teſtandi inter liberos 240
conceſſâ *in d. Auth. Siqua mulier*, poſsit illis ſubſtituere? Reſpõdeo, & dico primò, non poſſe ſubſtituere pupillariter, quia ad hanc ſubſtitutionẽ requiritur patria poteſtas *l.*2.*ff. de Vulgar.* hanc autem poteſtatem non habet pater Religioſus, vt cum communi ſententia tradidimus *§. præcedent.n.*210. & ita docẽt Speculator, Ioan. Andr, Bald. & alij quos citat, & ſequitur Sanch. *ſupra n.*34.

Dico ſecũdò, poſſe facere ſubſtitutionẽ
exemplarẽ, qualis eſt, quæ fit deſcendenti 241
furioſo, vel qui aliàs ob naturale impedimentũ perpetuum teſtari non poteſt. Sic idem Sanch. *n.*36. cũ Bald. Ang. & Greg. Lop. Quia hæc ſubſtitutio non exigit patriam poteſtatem, & non ſolũ à patre, ſed etiam à matre, & quouis alio aſcendente lineæ fœmininæ fieri poteſt, *l. Humanitatis, C. de Impub. & alijs ſubſtit.* Ord. Luſit. *lib.*4. *tit.*87. *§.*11. & ideo non eſt, cur dicto parenti Religioſo denegãda ſit: cũ enim ei ſit cõceſſum, quod poſsit diuidere bona per teſtamentũ inter liberos, modus etiam, & accidentia talis diuiſionis cenſentur permiſſa, argumento *l. Qui procuratorem, ff. de Procurat.*

Unde dico tertiò cum eodem Sanch. *n.* 242
35. & alijs ab eo relatis, poſſe etiam dictũ parentem Religioſum ſubſtituere filijs ad inuicem vulgariter, vel per fideicõmiſſũ, imò & compendioſẽ, quatenus hic vltimus modus ſubſtituendi eundem effectũ habet, quem duo præcedentes. Hanc autem vltimam concluſionem intelligo ſolùm quoad bona, quæ parens relinquit filijs vltra legitimam illis debitã; quia ſubſtitutio fideicõmiſſaria eſt onus, quo hæres grauatur reſtituere hæreditatem, vel partem illius: parens autem non poteſt grauare filiũ quoad legitimã, vt latiùs ſuo loco nobis eſt explicandũ; & interim videri poteſt Mol. *diſp.*177.*n.*9. Neq; etiam bene capio, quomodo parens poſsit ſubſtituere vulgariter inter filios quoad legitimas cum eo ipſo, quod aliquis non ſuccędit in bonis paternis, ejus legitima augeat

augeat aliorum legitimas, & partem, de qua pater liberè potest disponere. Sed hac in re non licet hic amplius immorari.

243 Quintò dubitatur, vtrum parens Religiosus habens facultatem diuidendi bona inter liberos ex concessione *d. Auth.* possit maioratū instituere ex rebus, quas inæqualiter inter eos diuidere potest? Respondet affirmatiuè Mol. Iurista *lib. 2.c.9.à n.59.*Mol. Theol. *disp. 141. n. 4.* & Sanch. plures referens *lib.7.in Decal. c.9.n.31.* Qui tamen aduertunt, solùm posse maioratum instituere inter descendentes, & ita in Castella posse relinquere tertium vni filiorum cum vinculo maioratûs, vt in suis descendentibus perpetuetur, reseruando quintum pro monasterio. Quæ omnia satis ex supradictis constant. Plura verò circa hoc punctum notat Sanch. *n.32.&33.*

244 Quęstio prærerea est circa tempus, quo dicti professi testari debeant, an scilicet cogi possint testari statim post professionem, vel possint id differre ad tempus mortis? Pro cujus resolutione præmitto, grauem esse controuersiam, an patre, vel matre profitente Religionem, debeatur statim legitima filijs, alijsque descendenribus? Qua in re tota difficultas est, quando parens profitetur in Religione capaci succedendi; nam si profiteatur in incapaci, vt in ordine Minorum, constat apud omnes statim deberi legitimam ejus filijs: & similiter si filius in tali Religione professionem emittat, statim deberi legitimam parentibus, vt relatis multis tradit Sanch. *tom. 2. in Decal. lib.7.c. 10.n. 1.* vbi aduertit idem esse post professionem, aut vota Coadjutorum formatorum in Societate Iesv. Quia omnes ejusmodi Religiosi à die professionis, vel formaturæ reputantur tanquam naturaliter mortui.

245 Quando autem parens profitetur in Religione succedendi capaci, in duas oppositas sententias æquè ferè probabiles Doctores diuiduntur. Prima est, non deberi statim legitimam descendentibus, sed expectandam esse mortem naturalem patentis, & interim monasterium eâ potiturum; tum quia *in d. Auth. Siqua mulier, C. de Sacrosf. Eccles.* disponitur, quod obeunte patre professo, antequam bona inter filios diuidat, percipiant filij legitimam; vnde econtra non percipienr, dum pater viuit, tum quia legitima non debetur patre superstite, *l.1.§.Impuberi, ff. de Collatione bon.* Quæ regula in præsenti etiam casu videtur procedere, non obstante text. *in cap.Cum scimus, de Regularib.* quo Aduersarij nituntur, quia non constat, quod in casu illius textûs pater esset viuus. Et ita pro hac sententia plures Doctores refert Sanch. *d. c.10. n.2.*vbi in fine eam dicit probabilissimam.

Secunda est, statim ac parens profitetur, deberi legitimam descendentibus. 246 Quæ præcipuè fundatur *in cap.Cum scimus*, ibi: *Et bona paterna, quæ ipsi ex successione paterna proueniunt, postulare.* Sed hic textus parum reuerà vrget, vt pro prima sententia ponderatum est. Solet etiam probari eadem sententia *ex §. Illud quoq; vers. Si verò filios, Auth. de Monach.* ibi: *Nihilominus quanta debeatur filijs*; & ita ibi sentit Glos. *verbo, Debetur.* At hic etiam textus facilè excludi potest, dicendo, deberi quidem legitimam filijs, at non statim post professionem patris, sed post ejus mortem. Vnde meliùs id fundatur in naturali æquitate, quæ postulat, ne filij penè carentes patre, qui per professionem filijs ciuiliter moritur, cogantur expectare ejus mortē naturalem ad percipiendam legitimam sibi debitam, & interim exigere alimenta à monasterio, quod sanè perdurum est. Quare hanc sententiam multò plures DD. sequuntur, quos latissimè refert, eam magis probans Sanch. *supra n.3.* Et eandem vt magis consonam æquitati; & Iuri Canonico, amplectitur Suar. *tom. 3. de Relig. lib.8.c.26.n.7.* Quod si ecōtra quæras, quid dicendum sit, quando filius profitetur in Religione capaci succedendi? Diuiduntur similiter DD. At breuiter dicendum est cum Sanch. *d.c.10.n.10.* quod stando in prima sententia supra relatâ circa legitimam filiorum, non debetur parentibus legitima, statim ac filius pro-

profitetur, ſed poſt naturalem illius mortem; ſtando autem in ſecunda ſententia, debetur ſtatim poſt profeſsionem filij: quia legitima parentum, & filiorum æquiparantur, & vniformiter debentur: & ideo idem cum proportione de vtraque tenendum eſt.

247 His præmiſsis, ſi cum Doctoribus dictæ primæ ſententiæ teneamus, non deberi legitimam filijs profeſsi, niſi poſtquam ille naturaliter moritur, omnino dicendum eſt ad principalem quæſtionem, non poſſe cogi talem parentem teſtari, & diuidere bona inter filios ſtatim poſt profeſsionem, ſed poſſe eam diuiſionem reſeruare ad tempus mortis. Patet ratione, quia cum interim legitima non debeatur filijs, ſed omnia parentis bona ad monaſterium ſpectent nihil eſt, quod cogat ea diuidere inter filios ante tempus mortis: imò non videtur poſſe talem parentem ea priùs cum effectu diuidere, & diſtribuere inter filios abſque conſenſu monaſterij; cùm retentâ illâ primâ ſententiâ, monaſterium habeat jus talia bona retinendi, & fruendi, quandiu parens viuit. Tenetur tamen monaſterium miniſtrare interim alimenta filijs, etiam ſpurijs, vt optimè tradit Surd. *de Alimẽtis, tit.* 1. *q.* 29. *à n.* 7. & cum alijs Sanch. *d. c.* 10. *n.* 8. dicens hoc eſſe indubitatum; & meritò, quia bona tranſeunt cum illa obligatione, quam habebat pater: vnde ſi pater nõ teneretur filios alere, vt quando haberent aliunde alimenta, in tali caſu etiam monaſterium eam obligationem non haberet, vt patet, & bene aduertit Sanch. *ſupra.* Quantum autem ex bonis parentis profeſsi pro filiorum alimentis aſsignandum ſit, vide apud Sanch. *n.* 9.

248 Si autem teneamus ſecundam ſententiam, quod legitima debetur filijs ſtatim ac parens profitetur, non eſt res adeò manifeſta: placet tamen ſententia Suar. *tom.* 3. *de Relig. lib.* 8. *c.* 16. *n.* 7. *fine*, aſſerentis, ſi filijs dentur legitimæ debitæ, non poſſe parentem cogi ad diſtribuenda alia bona ante mortem. Vnde poteſt talis parens reſeruare eam diſtributionem, ſeu teſtamentum ad tempus mortis: & fortè illam antea facere non poteſt cum effectu ſine conſenſu monaſterij. Nam cum teſtamentum ſuaptè naturâ effectum non habeat ante naturalem mortem teſtatoris, & interim ſemper ſit quodammodo in fieri, facultas, quæ parenti profeſſo conceditur, vt poſsit teſtari, & diuidere inter liberos omnia ſua bona, non videtur extendi poſſe ad dandum eis cum effectu, dum viuit, niſi tantùm bona, quæ illis ſtatim poſt profeſsionem debentur, cujuſmodi ſunt legitimæ, juxta ſententiam, in qua modò loquimur. Ad quod facit, quod ſtando in eadem ſecunda ſententia, totus vſusfructus, quem pater habebat in bonis Aduentitijs filiorum, tranſit ad monaſterium, in quo pater profitetur, & penes illud durat, quandiu talis profeſſus viuit, & ſola legitima, quæ ex bonis ipſius patris filijs debetur, illis tradenda eſt cũ vſufructu, ſtatim ac pater profitetur, vt tradit Sanch. *tom.* 2. *Decal. lib.* 4. *cap.* 13. *num.* 74.

§. 6. *De Religioſis Societatis Ieſu, qui tantùm vota ſimplicia emiſerunt.*

SUMMARIUM.

INſtitutum Societatis complectitur tria Religioſorum genera, Profeſſos, Coadjutores formatos, & qui poſt biennium nouitiatûs vota ſimplicia emiſerunt, num. 249.

Tam Profeſsi, quam Coadjutores formati Societatis, ſunt inteſtabiles abſque licentia Summi Pontificis, n. 250.

Religioſi Societatis, qui ſolùm emiſerunt tria ſimplicia vota, quæ poſt biennium nouitiatûs in hac Religione emitti ſolent, ſunt capaces dominij, illudq; retinent, donec à ſe abdicant omnia ſua bona, n. 251. *Poſſuntq; ex licentia Superioris de illis diſponere, tam per vltimam voluntatem, quam inter viuos, num.* 252.

Vtrum ſi aliquis ex dictis Religioſis, qui ſolùm vota ſimplicia poſt nouitiatum emiſerunt, teſtetur abſque licentia Supe-

Sanctissimum Societatis Iesv institutum tres Religiosorum ordines, seu gradus complectitur, ex quibus tanquam membris diuersis hujus Religionis corpus efflorescit, in primo, & principali, qui cæterorum, & totius Societatis est caput, sunt Professi quatuor votorum; in secundo sunt, quos Coadjutores formatos appellamus, qui regulariter; & ex propria hujus gradus institutione solùm emittunt tria vota simplicia: interdum 249

 causam

cauſam, & quaſi ex indulgentia, ſolemnem eorundem trium votorum profeſſionem faciunt; in tertio denique ſunt, qui poſt biennium nouitiatûs vota ſimplicia emiſerunt, & pro illa ita ſunt incorporati in Societate, ac veri Religioſi effecti, vt tamen adhuc ſint in via, vel ad profeſsionem quatuor votorum, vel ad formaturam, & gradum Coadjutorum, ſiue Spiritualium, ſiue Temporalium.

250 De Profeſsis tam quatuor, quàm triũm votorum nihil eſt, quod in præſenti ſpecialiter annotari oporteat: quia in eis quoad teſtandi facultatem procedit generalis doctrina in ſuperioribus tradita pro Religioſis profeſsis; & ſi quid propter modum Paupertatis, & incapacitatem ſuccedendi, quam Societas profitetur, cõmune cum cæteris non habent, ibidem fuit annotatum. De Coadjutoribus etiam formatis, qui ſolum vota ſimplicia emiſerunt, idem prorſus dicendum, quod de Profeſsis ejuſdem Societatis, eos ſcilicet teſtari non poſſe abſque licentia Summi Pontificis; quia juxta Conſtitutiones Societatis, & Pontificum diplomata, ſic per illa vota Religioni addicuntur, talemque ſtatum in illa obtinent, vt eo durante non habeant, nec poſsint habere proprium; quæ eſt ratio ob quam Profeſſi teſtari non poſſunt, vt patet ex *Auth. Ingreſsi, Cod. de Sacroſ. Eccleſ.* approbatâ *in cap. Quia ingredientibus, 19. q. 3. & cap. 2. de Teſtamentis*, & ita docent Mol. *tom. 1. de Iuſt diſp. 141. num. 1. & tom. 3. diſp. 604.* & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 8. num. 22.*

251 Solùm igitur ſupereſt, vt dicamus de ijs, qui poſt biennium nouitiatûs tria ſimplicia vota, Paupertatis, Caſtitatis, & Obedientiæ in Societate emiſerunt: qui vel ſunt Scholaſtici, vel Coadjutores non formati; de quibus omnibus eadem quoad præſens inſtitutum eſt ratio. Primò igitur conſtat, hos Religioſos eſſe capaces dominij, illudque retinere in bonis, quæ antea habebant, donec illa à ſe abdicent, vt re ipſa abdicare tenentur, quandocunque Superior injunxerit, prout hæc omnia latiùs continentur in Conſtitutionibus ejuſdem Societatis, & Summorum Pontificum, præſertim Gregorij XIII. in Bulla, quæ incipit *Aſcendente Domino*, & tradunt bene Mol. *diſp. 139. num. 6.* Leſſ. *lib. 2. de Iuſt. cap. 4. dubit. 5. num. 27.* & Sanch. *loco ſupra cit.*

Vnde vlteriùs conſtat, poſſe hos Religioſos diſponere de prædictis bonis per vltimam voluntatem ex licentia Superioris: quia cum habeant proprium, ſunt extra diſpoſitionem juris communis, quo ij tantum Religioſi teſtari prohibentur, qui proprium non habent, vt patet ex *d. Auth. Ingreſsi*, & notant communiter Doctores. Et licet per votum Paupertatis habeant ligatum dominium, ita vt liberè, & tanquam proprietarij ſuis rebus vti non poſsint, attamen ex conſenſu Superioris poſſunt de illis diſponere, juxta formam, & modum in Conſtitutionibus ejuſdem Societatis præſcriptum, quem bene tradit, & illuſtrat Suar. *tom. 4. de Relig. tract. de Societate, lib. 4. cap. 5. num. 2. & ſeqq.* ergo tam inter viuos, quàm etiam per teſtamentum, & vltimam voluntatem, Superiore annuente, diſponere poſſunt; licèt Conſtitutiones ſolùm expreſſè loquantur de diſpoſitione inter viuos; & ita docent Mol. *d. diſp. 139. n. 11.* Sanch. *tom. 2. Decal. lib. 7. cap. 8. num. 23.* & Suar. *proximè cap. 6. num. 13.* atq; ita etiam habet praxis. 252

Nonnullæ verò circa hoc ſunt difficultates minimè prætereundæ. Prima eſt, vtrum ſi aliquis horum Religioſorũ teſtetur abſque Superioris licentia, valeat tale teſtamentum? Negat Mol. *proximè*, & Leſſ. *lib. 2. de Iuſt. cap. 4. num. 28.* eo fundamẽto, quia licèt hi Religioſi habeant dominium bonorum, habent illud impeditum voto Paupertatis, nec ſunt ſui juris, ſed omnino ſub poteſtate Superioris conſtituti; quæ autem fiunt ab eo, qui ad id ſui juris non eſt, irritè fiunt. Unde diſpoſitio facta per pupillum abſque conſenſu tutoris eſt irrita, non obſtante, quod totum dominium eſt in pupillo, quia illud habet impeditum, tranſlatâ poteſtate diſponendi in tutorem. 253

Con-

254 Contrariam nihilominus sententiam tenent meritò Suar. *d. tract. de Societate, lib. 4. cap. 6. num.* 13. & Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap.* 8. *num.* 25. Idem docet, quamuis subdubitando Azor *tom.* 1. *lib.* 12. *cap.* 12. *q.* 8. *fine*, dicens testamentum à tali Religioso factum, ratum, & firmũ fortassis haberi, licèt ille contra votum Paupertatis peccauerit testando absque legitima facultate. Ratio est, quia dominium, quod talis Religiosus habet, nullo jure ita impeditur, vt si in actum exeat absque Superioris licentia, talis actus non valeat; quia in primis non impeditur voto Paupertatis: nam hoc, cum sit simplex, non impedit valorem dispositionis bonorum, sed solùm ne possit fieri licitè absque Superioris facultate; quemadmodũ votum Castitatis eorundem Religiosorũ non impediebat valorem matrimonij, antequam speciali jure positiuo per Gregor. XIIJ. ei tribueretur jus illud irritandi. Non impeditur etiam ex subjectione, quam Religiosus habet erga suos Prælatos, ratione cujus non habet velle, neq; nolle independenter à voluntate Prælati. Nam dum Prælatus actui non resistit, illum irritando, subjectio illa non tollit, quominus sit validus, etiamsi fiat inconsulto Prælato, vt patet in votis emissis à Religioso sine licentia Prælati. Non denique impeditur lege aliqua tale testamentum irritante; nam jura, quæ statuunt, testamenta, & similes dispositiones monachorum esse irritas, solùm procedunt de Religiosis, qui proprium non habent, nec habere possunt, vt jam supra notauimus: & in præsenti aduertit Suar. *d. cap.* 6. *num.* 11. & Sanch. *dict. num.* 25. Atque ex his corruit fundamentum primæ sententiæ: nec exemplum pupilli est simile, quia ejus dispositio propterea est irrita, quando fit absque auctoritate tutoris, quia jure humano irritatur: in nostro autem casu nullum est jus irritans illud testamentum.

255 Addit autem optimè Suar. *d. num.* 13. tale testamentum euadere infirmum, & irritabile per Superiorem: id enim probat fundamentum pro prima sententia adductum; nam quod dicitur, Religiosum ita esse alieni juris, vt non habeat velle, neque nolle, in eo sensu est verum, vt nihil firmum efficere possit absque consensu Superioris, & quod sine tali consensu factum per ipsum Superiorem irritari nõ possit, vt satis conuincitur exemplo voti facti à Religioso sine consensu Prælati; quòd licèt non sit ipso jure nullum, manet tamen infirmum, & irritabile per Superiorem, vt communis sententia affirmat. Vnde addit vlteriùs idem Suar. *num.* 14. dictum testamentum irritari posse à Superiore non solum viuente adhuc testatore, sed etiam post ejus mortem.

At hoc mihi est difficile, quia persistendo in eodem exemplo voti, lego apud 256
Sanch. *tom.* 1. *in Decal. lib.* 4. *cap.* 30. *numer.* 8. hanc generalem regulam, quod votum emissum à persona subjecta alicui Superiori, à quo durante subjectione, irritari poterat, non potest elapso eo tempore ab illo irritari, si potestas, quam in vouentem habebat, omnino extincta, vel suspensa est. Quam regulam exemplificans idem Sanch. docet *num.* 21. 23. *&* 26. votum emissum à Religioso, qui postea fuit creatus Episcopus, vel expulsus à Religione, siue per absolutionem à votis, siue per justam, & perpetuam ejectionem, non posse post eam vouentis mutationem irritari à Prælato Religionis, eo quod ejus potestas omnino cessarit respectu talis personæ. Similiter ergo in casu nostro, cum mortuo Religioso extinguatur omnino potestas Superiorum respectu illius, qui jam nulli homini manet subjectus, fatendum videtur non posse tunc irritari à Superioribus Religionis testamentum, quod, dum erat sub eorum potestate, fecerat; præsertim si jam hæreditas sit adita per hæredes scriptos, & jus eis quæsitum. Quod ampliùs confirmatur ex doctrina ejusdem Sanch. *eodem lib.* 4. *cap.* 24. *num.* 56. *&* 57. vbi docet, vota Realia defuncti, quorum obligatio in hæredes transiuit, non subjici irritationi, commutationi, & dispensationi, quibus erant subjecta, quando vouens viuebat.

Confirmatur etiam satis efficaciter ex doctrina ipsius Suarij *tom.3 de Relig. lib. 8. cap. 16. num. 14.* vbi loquens de testamento facto à Religioso professo ex licentia Summi Pontificis, docet, licet talis licentia semper sit reuocabilis ab ipso Papa, dum testator viuit, attamen reuocari non posse post testamentum factum, & morte confirmatum, quòd jam sit träslatum jus in hæredes, quo sine suo facto priuari non possunt, *l. Id quod nostrum, ff. de Reg. jur.*

257 Quidquid tamen sit de potestate irritandi dictum testamentum post mortem Religiosi, illud omnino tenendum cum eodem Suar. *d. lib. 4 cap. 6. num. 14.* non manere liberum Superiori commutare institutionem in alium hæredem, vel in alia opera, etiam pia, nisi in ipso testamento hoc ei expressè concedatur; quia non habet, neque vnquam habuit jus proprium distribuendi illa bona, sed solùm habebat jus designandi materiam, modū, & tempus, & dandi facultatem, vt subditus posset talia bona ritè distribuere, & secundùm suam obligationem alienare. Quo jure, si viuente Religioso, vsus non est, inde non sequitur, quod eo mortuo possit agere illius partes, & distribuere ejus bona, sicut ille efficere debebat. Sed si adhuc retinet potestatem irritandi illius testamentum, solùm ex ea potestate potest annullare institutionem, qua sublatâ succedet is, cui competit jus ab intestato.

258 Secunda difficultas est. An talis Religiosus condens testamentum inconsulto Superiore, grauiter peccet contra votum Paupertatis? Affirmat absolutè Mol. *disp. 139. num. 11.* Sanch. *tom. 2. Decal. lib. 7. cap. 8. num. 25.* & Azor *tom. 1. lib. 12. q. 8. fine*, licèt non exprimant grauitatem talis peccati; at planè intelligunt esse peccatum mortale, cùm materia sit grauis, & votum obliget juxta capacitatem materiæ. Expressè verò id docet Less. *supra cap. 4. num. 28.* estque sententia verissima, si procedat de condente tale testamentum, intendendo, vt perueniat ad executionem independenter à consensu Superioris: in quo sensu illam etiam tradit Suar. *tract. de Societate, lib. 4. cap. 6. num. 13.* Et patet ratione, quia licèt talis Religiosus habeat dominium bonorū, tamen ex voto Paupertatis obligatur illis non vti absque consensu Superioris: dare autem bona per testamentum, aliam, ve vltimam voluntatem, est quidam illorum vsus: quemadmodum si darentur per contractum inter viuos, vt notant communiter Doctores per text. *in §. Illud quoque*, ibi: *Suis vti, Auth. de Monachis, collat. 1.* ergo si ille Religiosus talem vsū intendat independenter à consensu Superioris, votum Paupertatis offendit, & grauiter peccat, cùm materia sit grauis.

Si autem loquamur de condente testamentum inconsulto Superiore, eo tamen animo, vt tempore mortis subjiciatur Superiori, non videri tunc committi vllum peccatum contra Paupertatem, aut saltē non videri graue, docet bene Suar. *d. numer. 13.* Quia testamentum eo animo factum, est veluti quædam manifestatio propriæ voluntatis, non proprij juris, aut vsus indebita vsurpatio. Quod si dicas, talem Religiosum teneri ex voto abdicare à se omnia bona irreuocabiliter inter viuos, vbiprimùm à Superiore fuerit jussus, & huic obligationi repugnare dispositionem testamentariam, etiam factam cum animo manifestandi eam Superiori: siquidem talis dispositio non est efficax, & irreuocabilis, donec per mortem naturalem, vel ciuilem confirmetur? Respondet facilè idem Suar. & in simili Sanch. *dict. lib. 7. cap. 3. num. 35.* contra Mol. *d. disp. 139. num. 9.* negando eam dispositionem testamentariam pugnare cum illa obligatione, eamve impedire; quia non obstante testamento jam facto potest Superior injungere Religioso, vt statim bonis omnibus irreuocabiliter renuntiet; & tunc ille subditus potest, ac tenetur id exequi, eoque ipso testamentum ante factum euanescit, & sic non tollit implementum illius obligationis; quemadmodum initio hujus sectionis *num. 139.* diximus de testamento, quod nouitius Societatis efficeret, inconsulto Superiore, 259

re, cum antea promisionem fecisset abdicandi à se omnia sua bona, quando Superior id exigeret. Vnde etiam quod ibi cum Sanch. diximus, nouitium, qui post emissum votum Paupertatis testamentum conderet inscio Superiore, peccare contra illud votum, intelligendum similiter est, nisi haberet animum subjiciendi illud Superiori, antequam per mortem confirmaretur, quia eadem de illo, quoad hoc, est ratio, atque de eo, qui jam est obstrictus votis post biennium nouitiatûs emissis.

260 Notat præterea idem Suar. *d.num* 13. *fine,& num.* 14. *in princip.* si aliquis ex dictis Religiosis iter agendo, aut nauigando incidat in periculum mortis, & non habeat Superiorem, à quo possit petere facultatem, tunc certè non peccaturum condendo testamentum ad pia opera, ne ab intestato succedant, qui fortè non indigent: at vt religioso modo id faciat, debere expressè in ipso testamento voluntati Superioris illud subordinare; & optimè etiam facturum, si ei committat, vt ea mutet, quę magis expedire videbûtur. Si autem velit relinquere bona consanguineis, vel similibus personis absque titulo pietatis, necessarium esse, vt in ipso testamento Superiori committat potestatem commutandi ea relicta in pia opera; si seruatâ formâ Constitutionum id expedire judicatum fuerit: alioqui grauiter peccaturum contra votum Paupertatis. Hoc autem videtur intelligendum in casu, quo talis Religiosus bona relinqueret consanguineis, qui ei sine testamento decedenti successuri non essent. Nam si ea testamento relinqueret illis ipsis, qui ab intestato illa caperent, non video, cur teneatur subjicere tale testamentum Superiori, vt possit illam commutationem facere: nisi dicamus ejusmodi Religiosum, cui nondum præcepta est à Superiore irreuocabilis renuntiatio bonorum, peccare contra votum Paupertatis, si decedat sine testamento, vel aliâ bonorum dispositione. Quod non videtur admittendum, cum sæpe videamus decedere intestatos, qui nondum aliàs de bonis disposuerunt. Si autem hoc est licitum, cur similiter non licebit in casu proposito facere testamentum, quo bona simpliciter relinquantur consanguineis, qui secluso testamento ea habituri essent ab intestato? Cæterùm hac de re statuant Superiores Religionis, quid tenendum sit: mihi certè res est dubia.

Illud etiam hîc notandum ex Mol. *d. disp.* 139. *num.* 11. & Sanch. *d. cap.* 8. *num.* 22. Quanuis jubente Superiore ejusmodi Religiosis, vt de suis bonis disponant, libera eis relinquatur dispositio inter viuos in quasuis pias causas, juxta ipsorum deuotionem; at non relinqui liberum, vt disponant per vltimam voluntatem, etiam ad solas pias causas; quia jubente Superiore tenentur abdicare à se omnia sua bona irreuocabiliter, & absque spe recuperationis, quod vltimæ voluntati conuenire nequit. Quin etiam addiderim, licèt Superior non jubeat, sed tantùm facultatem concedat, vt possint disponere de suis bonis, non sufficere eam facultatem, vt possint disponere per testamentum, nisi id exprimatur, sed solùm inter viuos, vt in simili diximus cum alijs *num.* 178. agendo de Professis, quibus Pontifex absolutè concederet licentiam disponendi de aliquibus bonis. 261

Tertia difficultas. Quisnam Superior possit concedere facultatem testandi his Religiosis? Sanch. *d. cap.* 8. *num.* 23. credit à solo Generali concedi posse. Quia cum modus disponendi præscriptus in Constitutionibus sit, quod tales Religiosi abdicent à se omne dominium, & spê bona recuperandi; ac, vt ille testatur, sit omnino præter morem Societatis testari, nec in regulis Rectorum, & Prouincialis reperiatur eis concessum posse hanc licentiam dare, imo vtrisque sit prohibitum nouam aliquam consuetudinem inducere, consequens est, vt talem facultatem concedere non possit. Addit tamen idem Sanches, casu, quo esset periculum in mora, quia videlicet Religiosus est in periculo mortis, nec expedit, vt tunc disponat per donationem inter viuos, posse Prouincialem, si sine periculo 262

lo consuli potest, sin minus Rectorem, eam facultatem dare.

263 Mihi tamen dicendum videtur, eum Superiorem, qui facultatem dare potest, vt dicti Religiosi disponant inter viuos, dare etiam posse ad disponendum per vltimam voluntatem. Quia votum Paupertatis, quo tales Religiosi adstringuntur ad non disponendum de suis bonis absque facultate Superioris, non magis obligat ad non disponendum per vltimam voluntatem, quàm inter viuos: ergo Superior, qui potest dare facultatem ad vnum modum disponendi, potest etiam ad alterum. Neque vetum est, esse omnino præter morem Societatis, quod dicti Religiosi testentur: cum certò sciamus aliquibus fuisse permissum, vt per testamentum disponerent, & de facto ita disposuisse. Addo autem postquam Generalis præcepit, vt hi Religiosi disponant de suis bonis, non posse vllos inferiores Prælatos illis concedere, vt disponant per testamentum, sed debere tales Religiosos statim abdicare à se omne dominium bonorum irreuocabiliter,: quia illud præceptum Generalis intelligitur de dispositione juxta formam,& modum inConstitutionibus præscriptum,qui est, vt disponant irreuocabiliter, & sine spe recuperationis in pia opera, vel de consilio duorum, si velint disponere in fauorem consanguineorum, aut similem causam non piam; debetque talis dispositio & omnimoda bonorum abdicatio fieri, post quadriennium ab ingressu Societatis, & nulli præterquam Generali, idque ex graui causa, dispensare licet in prorogationem illius quadriennij, vt expressè cauetur *Canone* 17.*septimæ Congregationis generalis*, §.5.

264 Quarta difficultas est. Vtrum hi Religiosi possint ex licentia Superioris testari, & disponere ad causas non pias? Negat Sanch. *tom.* 2. *Decal. lib.*7.*c.*8.*n.* 24. vbi inde infert, non posse ab his Religiosis institui maioratum, etiam ex Superioris licentia. Et probat, quia tenentur ex voto Paupertatis distribuere sua bona in opera pia ex ejusdem Superioris præscripto. Videtur autem loqui, subintellectâ eâ limitatione, nisi ex consilio duorum magis expedire judicetur, vt disponant in fauorem consanguineorum; cum hæc limitatio expressè habeatur in Constitutionibus Societatis, & ipse Sanch. illius meminerit proximo *num.* 23. Addit præterea aliam limitationem *cap.*9. *num.* 40. pro ijs, qui cum filios haberent, inter eos non disposuerunt, quando ad dicta vota biennij admissi sunt.

Nihilominus Suar. *tom.*4. *de Relig. tract.de Religione Societatis*, *lib.* 4. *cap.* 6.*num.*4. & 5. sentit. non peccare dictos Religiosos, saltem mortaliter, si ex facultate Superioris disponant in vsus non pios, licèt id minus bonum judicetur. Quia dum Superior non præscribit, vt fiat id, quod judicatur melius, non constituitur ea materia sub necessitate, & obligatione voti, & potest concedi facultas eligendi, quod minùs bonum est:quæ facultas respectuReligiosi est veluti quædam permissio; vnde si tunc eligat talem distributionem judicatam minùs bonam, licèt imperfectè id fiat,non tamen necessariò cum culpa; vel si aliqua admisceatur ratione status perfectionis procurandæ, vel etiam voti,ad summum erit venialis, vt idem Suar. exprimit *d.num.*5. Et hæc sententia mihi placet, ne laqueos Religiosis, præsertim fragilioribus,& minus perfectis injiciamus. Quare licèt Constitutiones Societatis præscribant, vt quando dicti Religiosi voluerint distribuere bona sua in consanguineos, designentur duo, aut tres viri prudentes, quorum judicium sequantur, tunc solùm cum eodem Suar. censemus teneri hos Religiosos ex vi voti Paupertatis eam formam, & modum distributionis obseruare, quando Superior statuerit vt seruetur. 265

Quinta difficultas est. Vtrum hi Religiosi possint viuentibus adhuc suis parentibus testari de legitima, & hæreditate, quam per mortem illorum sperant,renuntiando illi in fauorem alicujus loci pij, vel priuati pauperis, vt in Constitutionibus Societatis præscribitur, absque 266

ipso-

ipsorum parentum consensu? Suppono ex Sanch. *tom.2.in Decal. lib.7. cap. 2. à num.* 54. posse in Societate renuntiari dicto modo hæreditati paternæ per actum inter viuos. Quod licet non careat difficultate propter *legem finalem, Cod. de Pactis*, vbi deciditur non valere renuntiationem hæreditatis personæ viuentis absque ejus consensu, ne detur votum captandi illius mortem (Quam decisionem graues Doctores ampliant, vt procedat, etiam si talis renuntiatio fiat in fauorem causæ piæ, vel Ecclesiæ, aut alicujus Collegij, vel Vniuersitatis) tamen hanc difficultatem ita Sanch. *loco citato* emolliuit, vt negari non possit illam ejus resolutionem esse probabilem. Eâ igitur suppositâ, ad quæstionem propositam respondeo affirmatiuè, juxta doctrinam ejusdem Sanch. *d. lib.7. cap.3. num.9.* vbi licèt fateatur, decisionem *d. l. finalis*, non solùm procedere in renuntiatione per pactum, sed etiam per testamentum, tamen cum *d. cap.2.* probauerit non obstante tali decisione, posse nouitios, & Religiosos prædictos per pacta renuntiare irreuocabiliter hæreditatibus nondum sibi delatis, colligit inde posse etiam testari de spe succedendi parentibus adhuc superstitibus.

267 Illud tamen circa hujusmodi renuntiationes valde aduertendum est, includi in eis conditionem tacitam, si hæreditas renuntianti deferatur, vt est communis, & certa Doctorum sententia, quam tradunt Castrens. *in l. Qui superstitis, num. 3. ff. de Acquir. hæred. & ibi* Imol. *num.* 1. idem Paul. Castrens. *in l. Pactum dotale, num.7. Cod. de Collation. & ibi* Alexand. *num.* 7. Decius *num.* 18. Roland. *conf.* 11. *num.2. & 5. volum.* 1. Maranta *in suis Disputationib. juris Ciuilis, disp.* 10. *num.* 14. & plures alij, apud Sanch. *tom.2. in Decal. lib.7. cap.6. num.* 1. Vnde si superstite parente, seu eo, cujus hæreditati renuntiatum erat, renuntians moriatur naturaliter, vel aliàs reddatur incapax succedendi, prorsus euanescit renuntiatio, quam fecerat, vt bene deducit idem Sanch. *d. lib. 7. cap. 9. num.* 25. quia cum viuentis nulla sit hæreditas, *d. l. Superstitis, ff. de Acquir. hæred.* planè si filius, qui paternæ hæreditati renuntiauerat, naturaliter moriatur, superstite parente, non potest dici, quod ei fuerit delata hæreditas, & sic ex defectu talis conditionis euanescit renuntiatio.

268 Ex qua doctrina colligitur, si aliquis ex dictis Religiosis Societatis omnibus suis bonis renuntiauit, & simul futuræ hæreditati, non habiturum effectum eam renuntiationem quoad hæreditatem, si moriatur, aut professionem, vel vota Coadjutorum formatorum (per quæ censetur tanquam naturaliter mori) emittat, viuo parente, cujus hæreditati renuntiauerat. Quod verò attinet ad alia, quæ jam acquisierat, succedet ille ascendens superstes in legitimam sibi debitam, & illi reddenda erit statim post mortem, aut professionem, vel dicta vota talis Religiosi, solaque tertia pars manebit ei personæ, aut loco, in cujus fauorem renuntiauit. Ita Sanch, *d. cap. 9. num.* 25. & idem cum proportione dicendum est de eo, qui ingressus est in Religionem Minorum factâ priùs renuntiatione suorum bonorum, & futuræ hæreditatis in fauorem alicujus tertij, casu quo talis renuntiatio fuisset valida.

269 Vtrum verò idem dicendum sit de ingrediente in Religionem capacem succedendi, vt nimirum euanescat renuntiatio futuræ hæreditatis, aliàs valida: si professionem faciat, viuo parente, vel alio, cujus hæreditati renuntiauerat? Res est controuersa, cum per professionem non habeatur, tanquam naturaliter mortuus, vt in supradictis Religionibus, sed tantùm ciuiliter, translato in monasterium jure succedendi, quod antea habebat. Qua in re quidam sentiunt, talem renuntiationem euanescere, vt Valasc. de Partition. *cap.17. num.52.* & alij apud Sanch. *d. lib.7. cap.6. num.1.* Qui inde inferunt, vt secura maneat renuntiatio futuræ hæreditatis facta ab eo, qui vult profiteri in monasterio capaci succedendi, opus esse, vt ipsum etiam monasterium tali renuntiationi consentiat, cùm post renuntiantis

tis professionem, non illi, sed monasterio hæreditas deferri possit. Alij verò contrarium opinantur, vt Sanch. *d. cap. 6. n.* 2. cum alijs, quos ibi refert; quia cum dicitur renuntiationem hæreditatis habere tacitam conditionem, *si hæreditas deferatur*, intelligendum est, si deferatur ipsi renuntianti, vel alteri ex ejus persona, seu jure, & ratione illius: quo pacto defertur monasterio ex jure, & persona monachi, qui ante professionem renuntiauit.

270 Sexta difficultas est. Quæ solemnitates sint necessariæ in testamentis horum Religiosorum? Hac in re prima sententia esse potest, non desiderari in talibus testamentis solemnitates juris communis, sed sufficere, quę in testamento Militis satis sunt. Quia cum dicti Religiosi sint in via ad professionem solemnem, vel ad formaturam per tria vota simplicia, quibus emisis obtinent peculiarem gradum in Religione, & manent incapaces dominij, & condendi testamentum, videntur quoad hoc comparandi nouitijs, & volentibus ingredi, ac profiteri Religionem; qui juxta multorum sententiam testari possunt cum solis solemnitatibus Militaris testamenti, per text. *in §. Illud quoq; Auth. de Monachis*. Vel etiam dici posset, quod in testamentis horum Religiosorum sufficiant solemnitates, quæ jure Canonico postulantur, *cap. Relatum*, 1. *de Testamentis*, juxta sententiam, quam, multis allegatis, refert Sanch. *d. l. 7. cap.* 3. *num.* 19., quę docet, in testamentis clericorum, & personarum Ecclesiasticarum sufficere solemnitates pręscriptas *in d. cap. Relatum*.

271 Atque hunc dicendi modum amplectuntur in simili Mol. *disp.* 139. *fine*, & Suar. *in tract. de Societate, lib. 4. cap. 4. n.* 19. dum asserunt, vt dicti Religiosi, ac Nouitij Societatis validè disponant, renuntiando suis bonis, juxta Constitutiones ejusdem Societatis, non oportere, quod habeant ætatem 25. annorum, prout de jure Ciuili requiritur, sed satis esse, quod sint ejus ætatis, quæ sufficit, vt sint Religiosi Societatis, quia sunt personæ exemptæ à jurisdictione sęculari, & disponunt intuitu Religionis, & perfectionis. Quod etiam in terminis longe amplioribus tradit Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 6. num.* 19. *&* 20. vbi cum alijs docet renuntiationes, & donationes bonorum, quæ fiunt à minoribus 25. annorum ratione ingressûs in Religionem, nō indigere solemnitatibus jure Ciuili requisitis, etiamsi tales donationes fiant in fauorem personæ priuatæ, hoc est, non requiri ad valorem talium renuntiationum, quod fiant cum auctoritate curatoris, neque cum decreto judicis, etiamsi res alienandę sint immobiles, quæ secundùm jus ciuile sine curatoris, & judicis auctoritate alienari non possunt, etiam ad pias causas, vt multi docent apud eundem Sanch. *d. cap. 6. num.* 18: item non requiri juramentum de non contraueniendo talibus renuntiationibus ad hoc, vt illæ sint firmæ, & ipsi minores restitui nequeant, quasi essent læsi. Ex quibus satis efficax argumentum sumitur, si tales renuntiationes fiant per testamentum, non oportere seruari in tali testamento solēnitates juris Ciuilis: idque in specie admittit Sanch. *supra, num.* 19. per text. *in §. Illud quoque, Auth. de Monachis*.

Dicendum nihilominus arbitror, juxta doctrinam, quam magis in superioribus probauimus, si dicti Religiosi testentur ad causam piam, vt magis ordinatiè fieri debet, juxta Constitutiones Societatis, tunc nullas juris solemnitates necessarias esse ad valorem talium testamentorum, sed solùm ad eorum probationem in foro externo esse necessarios duos testes, quando aliunde de rei veritate non constiterit, vt ex professo probabimus *disp. sequenti sect. vlt. §.* 3. Si autem testentur ad causam non piam, vt in fauorem consanguineorum, qui pauperes non sint, vt ex consilio duorum Patrum judicantium id magis expedire, fieri potest, tunc necessarias esse solemnitates juris Ciuilis. Quia neque ex eo, quod sint personæ Ecclesiasticæ, neque quod testentur ratione ingressûs in Religionem, seu futuræ professionis, aut formaturæ, sunt exempti, aut priuilegiati, ne teneantur 272

tur

tur illas solemnitates obseruare, vt constabit ex dicédis *sequenti disp.* vbi ex professo agemus de solemnitatibus testamentorum, ac speciatim de requisitis in testamentis Ecclesiasticorum, & ingredientium Religionem. Quam doctrinam tradit etiam relatis alijs, Sanch. *d. lib. 7. in Decal. c. 3. n.* 20 licèt parum sibi cohærés, *cap. 6. ejusdem libri, num.* 19. admittat, valere testamenta ingredientium Religionem, licèt careant his solemnitatibus.

273 Neque est eadem ratio de renuntiante inter viuos per pactum irreuocabile, qué libenter admittimus, posse id facere, licèt sit minor 25. annorum, neq; indigere auctoritate Curatoris, vel judicis, alijsue solemnitatibus merè jure Ciuili requisitis, vt supra citati Doctores sentiunt. Quia per talem renuntiationem abdicat à se omne dominium bonorum temporaliũ, & sic constituitur in statu perfectæ Paupertatis religiosæ in ordine ad supernaturalem finem, à quo non debet, nec potest impediri per potestatem ciuilem, præsertim quando id fit juxta institutum religiosum à Sede Apostolica approbatũ, cui nullæ leges ciuiles obstare possunt. Quamquam vt obiter hoc aduertam, earum rationem haberi voluerit Societas, dum in septima Congregatione Generali *Canon.* 17. §. 4. statuit, vt dicti Religiosi post quadriennium ab ingressu Religionis tenerentur ad imperium Generalis se exuere omni dominio per absolutam inter viuos donationem, vbiprimum per ætatem, & patrias leges licebit. At non oportere eas leges quoad dictas solemnitates obseruari, ratio facta conuincit: & præterea quia minor ætas in tali materia non venit in considerationem, ad hoc vt expectáda sit Curatoris approbatio; cum in spirituallbus, & maxime in spectantibus ad perfectionem religiosam, omnes reputentur maiores ad effectum, vt non indigeant Tutore, aut Curatore, vt cum alijs tradit Sanch. *lib. 7. de Matrimon. disput. 37. num. 29. in responsione ad septimum.* In ijs verò, qui solùm disponunt per testamentum, longe aliter se res habet: siquidem non abdicant à se bonorum dominium, sed illud retinent, quandiu viuunt, aut aliàs non redduntur illius incapaces, vt per professionem: ac proinde non constituuntur per talem actum in maiori Paupertate, & perfectione religiosa: & sic non oportuit tale testamentum foueri, & priuilegiari, vt valeret sine ordinarijs juris solemnitatibus, nisi esset conditum ad pias causas.

SECTIO VI.

Quousque possint, aut non possint testari Beneficiarij?

PRo resolutione, & plenâ hujus quæstionis explicatione, non pauca præmittenda sunt, quorum cognitio perutilis, ac pro quotidiana ferme praxi necessaria est. Itaque ante omnia videndum, quæ bonorum genera penes Beneficiarios reperiantur, & quomodo ad illos spectent, maximè verò reditus, quos ex beneficio percipiunt. Deinde quomodo illis reditibus vti possint, seu quomodo eos debeant expendere? Mox vtiles quædam aliæ dubitationes circa eandem materiam excutiendæ. Et hinc tandem expediendum, quousque per vltimam voluntatem disponere valeant?

§. 1. *Quæ bonorum genera penes Beneficiarios reperiantur, & quomodo ad illos spectent, maximè verò reditus beneficiorum.*

SVMMARIVM.

TRia bonorum genera penes Beneficiarios reperiuntur, scilicet bona patrimonialia, quasi patrimonialia, & quæ illis obueniunt ratione beneficiorum: quæ postrema bona aut sunt stabilia spectantia ad Ecclesias, aut reditus illorum, qui reditus sunt hodie distributi in quatuor partes, quarum

 vna

vna est applicata Episcopis, alia clericis, & tertia fabricæ, & necessitatibus Ecclesiæ, quarta pauperibus. Et quando hæc diuisio facta sit: numer.274.

Bona patrimonialia, & quasi patrimonialia ita acquiruntur Beneficiarijs vt efficiantur veri illorum domini, & possint ea expendere in quosuis vsus, numer.275.

Bona stabilia ex quibus reditus beneficiorum percipiuntur, non pertinent quoad dominium, & proprietatem ad Beneficiarios, neque ad Prælatos Ecclesiarum, sed solùm quoad administrationem, num.275.

Clerici non sunt domini illorum redituum, qui vel fabricæ, vel alijs pijs vsibus destinati sunt, & si eos aliter insumant, omnino ad restitutionem tenentur, num.276.

Vtrum Beneficiarij comparent dominium fructuum, & redituum, quos ratione, & titulo sui beneficij percipiunt? Prima sententia negat: num.277. Secunda distinguit inter reditus necessarios ad sustentationem, eamue multùm non excedentes, & illam multùm excedentes, num.298. Tertia verò absolutè affirmat Beneficiarios effici dominos horū redituum, n.779. Fundamentum hujus sententiæ, ibid. & n.280. Hæc vltima sententia cæteris præfertur, numer.281.

274 HAc in re certum est primò, tria bonorum genera penes Beneficiarios reperiri. Primum est bonorum patrimonialium, seu sæcularium, quæ scilicet possident titulo sæculari, vt jure hæreditario, donatione, contractu, aut aliâ simili ratione, quæ illis cum laicis communis est. Secundum est bonorum, quæ quasi patrimonialia dicuntur, cujusmodi sunt, quæ ratione alicujus ministerij clericalis, non tamen ad titulum beneficij Ecclesiastici, ipsis acquiruntur, vt quæ illis dantur tanquam stipendium pro missis celebrandis, pro confessionibus, concionibus, administratione sacramentorum, officijs defunctorum; aut quia sunt capellani alicujus Dynastæ. Tertium est bonorum, quæ illis obueniunt ratione beneficij Ecclesiastici, & dicuntur Ecclesiastica. Hæc autē in duplici sunt differentia: alia namq; sunt prædia, hæreditates, & alia bona stabilia, quæ directè spectant ad Ecclesias, & sunt veluti dos illarum, ex quorum reditibus alendi sunt earū ministri, ipsęq; sustentandæ. Alia verò sunt bona prædiorum, & bonorum stabilium fructus, & reditus, qui à Beneficiarijs percipiuntur, vel ad proprios vsus, vel vt expendantur in fabricam Ecclesiarum, aut in pauperes. Quæ distributio aliter hodie se habet, quam olim vsq; ad annum 470. tunc enim omnes hi reditus habebantur in communi, & indiuisi, & ad Episcopum pertinebat eos diuidere inter clericos, fabricam, & pauperes. Qua de re habentur multi Canones, 12.q.1. Hodie verò sunt diuisi in quatuor partes, quarum vna est applicata Episcopis, alia clericis, tertia fabricæ, & necessitatibus Ecclesiæ: quarta pauperibus. Quæ diuisio facta est tempore Simplicij Papæ, & de illa est textus *in cap. De reditibus, cap. Vobis enim*, & alijs, 12.q.2. Hæc omnia tradit Sāch. *tom.*1. *Opusc. lib.*3 *c.*2. *dub.*37. & latiùs, atq; explicatiùs Mol. *disp.*142 *per totam*, & August. Barbos. *lib.*3. *Iur. Ecclesc.c.*17. *à n.*1.

Certum est secundò, bona primi, & secundi generis, scilicet patrimonialia, & quasi patrimonialia, ita acquiri Beneficiarijs, qui Religiosi non sunt, vt veri illorū domini efficiantur, ac possint ea cōsumere, & distribuere in quosuis vsus, quemadmodum laici suis proprijs bonis vti possunt. Ita Doctores omnes infra citandi, & cōstat satis ex praxi totius Ecclesiæ. Quod verò attinet ad bona tertij generis, certū est, bona stabilia ex quibus reditus beneficiorū percipiuntur, non spectare quoad dominium, & proprietatem ad Beneficiarios, neq; ad Prælatos Ecclesiarum, sed solùm quoad administrationem, & conseruationem tanquā vsufructuarios. Quia nō sunt illis data in stipendiū, vel in eleemosynam, quā possint statim cōsumere, vel distrahere suo arbitrio, sed data sunt, 275

vt inde percipiantur fructus, qui assignati sunt pro stipendio, & sustentatione ministrorum Ecclesiasticorum; & potiùs dantur ipsi dignitati, & beneficio, & præbendæ, quàm personis. Colligitur *ex cap. Sine exceptione*, 12. *q.* 5. *& ex tota quæstione; necnon ex toto titulo de Rebus Ecclesiasticis non alienand.* Et ita docent Sot. *lib.* 10. *de Iust. q.* 4. *art.* 3. *conclus.* 2. Abul. *cap.* 6. *in Matth. q.* 74. Nauar. *Opusc. de Reditibus, q.* 1. *n.* 6. *& in Apologet. q.* 1. *monit.* 24. & alij quos citat, & sequitur Sanch. *d. c.* 2. *dub.* 36. *n.* 2. vbi cum Nauar. concludit, nec Papam esse dominum horum bonorum, sed administratorem, per *cap. Non liceat*, 12. *q.* 2.

276 Certum est etiam, clericos, non esse dominos earum partium, quæ fabricæ, pijsue vsibus destinatæ sunt; & ita si has partes in alios vsus consumant, peccare mortaliter, & ad restitutionem teneri. Quod patet ex *Clem. Quia contingit, de Religiosis domibus, §. Vt autem*, & ex Trid. *sess* 25. *c.* 18 *de Reform.* idq; notant communiter Doctores, quos latè referens sequitur Sanch. *d. c.* 2. *dub.* 37. *n.* 6. inter quos est D. Thom. 2. 2. *q.* 185. *art.* 7. Adeoque tenentur restituere, qui hanc redituū partem aliter, quam in destinatos vsus, insumpserint, vt nullâ remissione, vel cōpositione releuati permittantur à Trid. *loco supra citato.*

277 Circa fructus autem, & reditus, quos Beneficiarij percipiunt ratione, & titulo sui beneficij, graue dubium est, an Beneficiarij, qui Regulares non sunt, comparent illorum dominium? Qua in re tres sunt discrepantes sententiæ. Prima tenet, eos non effici dominos horum redituum, sed tantùm esse dispensatores, habereq; vsum, & administrationem eorum, vt capiant sibi necessaria ad sustentationem, & decentiam status, & reliquum teneantur distribuere in pauperes, vel alia opera pia. Hanc sententiam tenent quamplurimi, quos lōgo ordine refert Sāch. *lib.* 2. *Opusc. c.* 2. *dub.* 37. *n.* 10. Maximè verò illam acriter tuetur Nauar. *de Reditib. Ecclesiast. q.* 1. *à n.* 9. *& q.* 2. *ferè per totam, & in Apolog q.* 1. *n.* 24. 27. *&* 38. Nititur hæc sententia antiquis Canonibus, & multis Patrum testimonijs, qui docent clericos non esse dominos, sed dispensatores horum bonorum, eaq; magis esse pauperum, quā ipsorum clericorum, & his similia, quæ videri possunt apud August. Barbos. *lib.* 3. *Iur. Ecclesiast. cap.* 17. *n.* 9.

Secunda sententia distinguit inter reditus, qui sunt necessarij ad sustentationem beneficiariorum, parumque excedunt; & eos, qui eam multùm excedunt; & hujus excessûs affirmat Beneficiarios dominos non esse: secus verò alterius partis. Hanc tenent Caiet. 2. 2. *quæst.* 187. *art.* 7. *& in Summa verbo, Beneficium*, 2. *in fine*, Petr. Soto, *lib. de Institut. Sacerd. tract. de Vita sacerdotum, lect.* 3. Ledesm. 2. *part.* 4. *quæst.* 18. *art.* 5. *dub. vlt.* & alij apud Sanch. *supra*, Fundamentum est, quia textus, & PP. testimonia; dum dicunt clericos solùm esse dispensatores horum redituum, intelliguntur de ijs, qui supersunt ex congrua sustentatione Beneficiariorum: nam quæ pro tali sustentatione necessaria sunt, non est, cur negentur transire in dominium eorum, quibus dantur. Nec Doctores, qui pro prima sententia allegantur, id negare videntur. 278

Tertia sententia absolutè affirmat, 279 dictos Beneficiarios effici dominos fructuum, & redituum suorum beneficiorum. Hanc post multos ex antiquioribus tenent ferè communi calculo recentiores Doctores, Sot. *lib.* 10. *de Iust. quæst.* 4. *art.* 3. *&* 4. Couar. *cap. Cum in officijs, de Testamentis, numer.* 3. Mol. *tom.* 1. *de Iustit. disputat.* 143. Barbosa, *in l. Diuortio*, 8. *in princip. part.* 2. *numer.* 65. *ff. Solut. Matrimon.* Lessius *lib.* 2. *cap.* 4. *dub.* 6. *num.* 44. Filliuc. *tom.* 2. *tract.* 43. *cap.* 4. *n.* 7. Sanch. *tom.* 1. *in Decal. lib.* 2. *cap.* 20. *n.* 24. *& tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *cap.* 2. *dub.* 37. *n.* 12. Garcia *de Benef p.* 2. *c.* 1. *n.* 5. & alij quamplures, quos citat August. Barbos. *lib.* 3. *Iuris Eccles. c.* 17. *n.* 10. & sequitur *n.* 12. Fundamentum sumitur ex varijs textibus, qui à citatis Doctoribus afferuntur; maximè verò pro hac sententia facit decretum

I 2 Trid.

Trid. *sect.23.c.1.de Reform.vers.* *Si quis autem*, ibi: *Eum pro rata temporis* (scilicet absentiæ) *fructus suos non facere:* & *sess.24.c.12.de Reformat. vers. Præterea obtinentibus*, ibi; *Quos ratione etiam præbendæ, ac residentiæ fecit suos.*

280 Probatur deinde eadem sententia efficaci ratione; quia diuisio bonorum, quæ antea erant communia, est similis emptioni, *l.1.Cod. Communia vtriusque judicij*, vtique ad effectum, vt dominium transferat, vel saltem vsucapiendi conditionem; cùm titulo emptionis dominium acquiratur: ergo eum reditus Ecclesiastici à principio essent communes, & postea diuisi sint, certá eorum portione singulis Beneficiarijs assignatá, vt ex supradictis constat, fit consequens talem portionem in eorum dominium transire. Probatur, & declaratur vlteriùs; quia ille dicitur habere dominium alicujus rei, qui habet jus disponendi de illa nomine proprio in suam vtilitatem, lege non prohibente, vt post Barthol. *in l.3.§. Differentiæ, num.4.ff. de Acquir. possess.* obseruant Pinel. *in l.1. Cod. de Bon. matern.part.2.num.2.* Anton.Gom. *in l.45. Taur.num.5.* & cæteri communiter, per text. *in l.finali, Cod. de Reb. alien. non alienand. & in l. Qua ratione, §. Hæc quoque, ff.de Acquir.rer.domin.* & multis alijs apud Anton. Gom. tale autem est jus, quod Beneficiarij habent super reditibus suorum beneficiorum: est enim jus disponendi nomine proprio de illis ad suam vtilitatem in vsus lege non prohibitos. Probatur tandem, quia solemne est, vt in creandis quibuscumque magistratibus, & officialibus publicis assignentur pro illis justa stipendia, quorum dominium acquirant: ergo cum pars redituum, quæ Beneficiarijs destinata est, illis assignetur, vt stipendium, & merces pro officio, & ministerio Ecclesiastico illis injuncto, fit, vt dominium talium redituum habere debeant.

281 Hæc vltima sententia cæteris præferenda est, cum sit receptissima in praxi, & firmioribus etiam nitatur fundamentis: nec obstant, quæ in contrarium adducuntur. Nam textus, & Patres, qui dicunt clericos solùm esse dispensatores redituum Ecclesiasticorum loquuntur pro eo tempore, quo tales reditus in communi habebantur. Nostra vero sententia procedit suppositá prædictá diuisione illorum bonorum, postquam certa redituum pars ministris, & Beneficiarijs applicata est: & hujus partis dominium penès illos agnoscit. Alijs argumentis, quæ multa contra hanc sententiam objiciuntur, & hic à nobis consultò omittuntur, respondent latè August. Barb. *dict. cap. 17.à num.12.* & Lugo *tom.1.de Iust.disp. 4.sect.1.*

§. 2. *Vtrum Beneficiarij ita sint domini redituum, quos ex Beneficijs percipiunt, vt etiam superfluos possint expendere in vsus non pios?*

SUMMARIUM.

Quibus modis intelligi possit reditus beneficij esse superfluos, seu non necessarios ad sustentationẽ Beneficiarij? n. 282.

Reditus beneficij, quos Beneficiarius parcè viuendo suæ congruæ sustentationi subtraxit, possunt in quosuis vsus ab ipso Beneficiario expendi, n. 283.

*Beneficiarius potest ex reditibus beneficij facere omnes sumptus necessarios, & conuenientes pro sua congrua sustentatione, & reseruare ad quosuis alios vsus bona patrimonialia, & quasi patrimonialia, n.*284.

Beneficiarius, qui post adeptum beneficium se aluit, vel pauperibus dedit ex bonis patrimonialibus, potest tantundem accipere de reditibus beneficij, & de illis disponere, quemadmodum de patrimonialibus, num. 285. *Vtrum id procedat, licèt talis Beneficiarius expendisset patrimonialia cum animo nõ compensandi ex reditibus beneficij? numer.*286.*& seq.*

Reditus beneficij, qui excedunt quantitatem

tatem necessariam ad congruam Beneficiarij sustentationem, tenetur ipse Beneficiarius sub mortali expendere in pauperes, vel alia pia opera, n. 288. *Fundamentum hujus resolutionis, n.* 289. *cum seqq. Hæc resolutio etiam procedit in reditibus superfluis Monasteriorum, & fabricæ Ecclesiarum, numer.* 291.

Vtrum ita obligentur Beneficiarij superfluos reditus beneficij in pia opera expendere, vt si aliter expendant peccent contra justitiam, & ad restitutionem teneantur? Prima sententia affirmat. n. 292. *cum seq. Contraria sententia est communis, & receptissima. num.* 294. *Exclusis alijs fundamentis inefficacibus, proponitur optimum fundamentum hujus sententiæ, num.* 295. *cum seq. Soluuntur fundamenta primæ sententiæ, n.* 297. *& seq.*

Stricta obligatio, qua Beneficiarij tenentur piè expendere prædictos reditus superfluos suorum beneficiorum, non prouenit ex præcepto humano, sed ex ipso jure naturali, eoquod illi reditus sint bona Deo à fidelibus oblata, quæ non nisi piè, ac religiosè expendi debent, num. 299.

Proponitur, & excluditur quædam objectio cōtra supradicta, & redditur ratio, cur reditus Ecclesiastici, qui dantur pauperibus, vel cantoribus, & alijs officialibus pro suo labore, possint ab eis expendi in quosuis vsus, numer. 300. *&* 301.

282 QVæstio præterea est, vtrum Beneficiarij ita sint domini prædictorū redituum, quos ratione sui beneficij, seu (vt dici solet) intuitu Ecclesiæ percipiunt, vt etiam superfluos (idest, qui ad congruam sustentationem ipsorum Beneficiariorum necessarij non sunt) expendere valeant in vsus non pios? Quia in re vel possumus loqui de superfluis, quos Beneficiarius parcè viuendo suæ congruæ sustentationi detraxit, vel de superfluis, seu non necessarijs ad congruam sustentationem Beneficiarij, eoquod ei suppetunt alia bona, quibus juuatur: vel denique de superfluis, qui excedunt quātitatem necessariam pro decenti sustentatione beneficiarij: vt si ex beneficio percipiat duo millia aureorum, cum ei ad sustentationem congruam sufficiant mille.

Si ergo loquamur de superfluis primo modo, quos scilicet Beneficiarius suæ cōgruæ sustentationi detraxit, communis sententia est, posse eos expendere in quosuis vsus etiam profanos, quemadmodum bona patrimonialia, & quasi patrimonialia. Ita Nauarr. *tract. de Reditib. q.* 1. *n.* 59. *alijsq; in locis*, Couar. *cap. Cum in officijs, n.* 2. *de Testam.* Mol. *de Primog. lib.* 2. *c.* 10. *n.* 50. Mol. Theol. *disp.* 145. *n.* 3. Garcia *de Benefic. p.* 2. *cap.* 1. *n.* 10. Sanch. *tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *c.* 2. *dub.* 43. *n.* 3. Lugo *supra, disp.* 4. *sect.* 3. *sub n.* 35. & alij, quos referunt contra Panormit. & Sarmient. quos citat Sanch. *supra num.* 1. Ratio est, quia necessaria ad sustentationem, & decentiam statûs tribuuntur clerico propter personalem laborem, atque adeo vt ea expendat, prout sibi libuerit, non secus, ac sua bona patrimonialia. Confirmatur, quia eo ipso, quod Beneficiarius potest ea bona insumere in sustentationē sui status, manent extra obligationem expendendi illa in pauperes, & alios vsus pios: ergo si ea non insumat in tali sustentatione, nihil vetat, quominus possit illa expendere in vsus non pios. 283

Circa reditus beneficij secundo modo superfluos, illud satis contra nonnullos constat, posse Beneficiarium facere ex illis omnes sumptus necessarios, & conuenientes pro sua congrua sustentatione, & reseruare ad alios vsus, quos maluerit, bona patrimonialia, & quasi patrimonialia. Sic cum D. Thom. Caiet. Nauar. & alijs antiquioribus Mol. *d. disp.* 145. *n.* 1. Less. *lib.* 2. *de Iust. c.* 4. *dub.* 6. *n.* 39. & Sanch. plurimos referens *lib.* 2. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 44. *n.* 5. Petr. Barbosa *in l. Diuortio,* 8. 2. *p. in princ. n.* 6. *ff. Solut. Matr.* & Aug. Barbosa, *lib.* 3. *Iuris Eccles. cap.* 17. *numer.* 26. qui plures etiam refert. Sunt enim illi reditus fructus laboris talium clericorum, cum operarius sit 284

dignus mercede sua: & qui altari seruit, de altari viuere debet, suam integram sustentationem inde accipiendo, quãuis aliunde habeat, vnde congruè sustentetur; siquidem vt Apostolus ait, 1. *Corinth.9.* nemo suis stipendijs militat. Vnde addit optimè Petrus Barbosa *supra* hanc resolutionem procedere, licèt bona insumpta in propriam sustentationem sint de patrimonio, ad cujus titulum clericus ordinatus est.

285 Dubitatio verò, cujus resolutionem præcipuè intendimus, est. An si Beneficiarius post adeptum beneficium se aluit, vel pauperibus dedit, ex bonis patrimonialibus, possit tantundem accipere de reditibus beneficij, ac de illis disponere, quemadmodum de patrimonialibus? Respondent affirmatiuè Nauar. *in Apolog.q.1.monit:* 77.*numer.* 7. Mol. *d.disp.* 145.*num.*1. Less.*d.dub.6.num.*38.Sanch. *d.cap.2.dub.*38 *num.*15. Nec immeritò, quia cùm Beneficiarij possint sumere totam sustentationem ex fructibus beneficij, nec absolutè teneantur expendere bona patrimonialia in pia opera, consequens est, vt si non sustententur ex beneficio, vel expendant patrimonialia in pia opera, vti possint compensatione, sumendo de reditibus beneficij ad expendendum, ac si essent bona patrimonialia, quãtum si patrimonio parcerent; conferre deberent ex illis reditibus in propriam sustentationem, vel in illa pia opera.

286 Limitant verò hanc resolutionem Nauar. Mol. Less. & alij, nisi talis Beneficiarius expendisset patrimonialia cum animo non compensandi ex reditibus beneficij, sed quasi donandi, & subeundi onus plus postea expendendi de illis reditibus in pia opera; quod tunc sponte se priuauerit libertate; ac jure, quod habebat ad faciendos illos priores sumptus ex reditibus beneficij. Cæterùm hanc limitationem meritò rejicit Lugo *d. disp.* 4. *de Iust.sect.*3.*num.*45.*& seqq.* Quia licèt in materia justitiæ, qui dat creditori animo non extinguendi debitum, non liberetur ab obligatione illud integrè soluendi, tamen in materia aliarum virtutum, vt Religionis, Misericordiæ, Charitatis, &c. qui facit rem præceptam cum animo non implendi præceptum per tale opus, re ipsa præceptum implet, vt qui audit missam in die festo ex sola deuotione cum intentione audiendi postea aliam ad satisfactionem præcepti, & similes. In præsenti autem non sumus in materia justitiæ: quia, vt infra cum communiori sententia dicemus, Beneficiarius non tenetur expendere superflua beneficij in pauperes, vel alia pia opera ex debito justitiæ, sed ex charitate, aut religione. Et ita vbi Beneficiarius semel facit expensam sufficientem ad implendum præceptum expendendi tantundem in pia opera ex reditibus beneficij, licèt non haberet animum implendi tale præceptum, vel etiam haberet animum contrarium, non manet postea obligatus ad talem expensam faciendam, sed ad summum tenebitur mutare animum, volendo vt per illam priorem expensam satisfactum sit obligationi, ne per actum internum contraueniat præcepto, quod jam externè, ac re ipsa impletum est.

Confirmatur, quia alioqui siquis ex fructibus ipsius beneficij expendisset in pia opera, verbi gratiâ, mille aureos, cum animo se non liberandi ab obligatione expendendi in talia opera totam summam, quam aliàs tenebatur expendere, dicendum esset, eum non posse postea animum mutare, & habere pro impleta, quoad illos mille aureos, obligationem expendendi ex beneficio in pia opera: consequens autem admitti non debet. Nam cum talis Beneficiarius re ipsa id fecerit, ad quod ex illa obligatione tenebatur, animus, quem habuit ei non satisfaciendi, sed solùm donandi illos aureos ex mera deuotione, efficere non potuit, ne talis obligatio quoad eam partem impleretur, & extingueretur: siquidem non erat obligatio justitiæ, nec pendens à libera voluntate ipsius Beneficiarij, vt solâ ejus voluntate, & intentione prorogari, aut conseruari posset. Quæ omnia à fortiori constant ex doctrina Sanch. *lib.1.in Decal.cap.*13. præsertim *num.*17. *&* 18. vbi 287

ad-

admittit eum, qui fecit rē ad quam tenebatur ex pænitentia à Confessario injuncta, vel ex voto à se emisso, tali obligationi satisfacere, eamque extinguere, licèt habuerit animum eam non implendi. Quod in voto maiorem difficultatem habet, quam in nostro casu cum obligatio voti oriatur ex voluntate vouentis, & per eandem conseruari, vel instaurari possit.

Quod denique attinet ad reditus ter-
288 tio modo superfluos, idest, qui excedunt quantitatem necessariam, & sufficientem ad congruam sustentationem Beneficiarij, communissima sententia est, teneri sub mortali Beneficiarium eos expendere in pauperes, vel alia pia opera, vt videre est apud Sanch. *lib.* 2. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 38. *num.* 1. vbi relatis quamplurimis addit, esse hanc sententiam apud omnes certam. Vnde non immeritò Lugo *tom.* 1. *de Iust. disp.* 4. *sect.* 2. *num.* 10. tanquam nimis singularem reprehendit sententiam Petri Hurtadi *disp.* 160. *de Charitate, sect.* 15. §. 105. *& seqq.* & Dianæ illum sequentis *p.* 5. *tract. de Eleemosyna, resolut.* 27. dum vniuersaliter dicunt, quemlibet Ecclesiasticum etiam ditissimum, satisfacere suæ obligationi, si seclusis necessitatibus grauibus, eroget in communibus necessitatibus quartam partem redituū Ecclesiasticorum, vel certè dimidium illius, quod remanet post congruam sustentationem. Pro qua opinione malè afferunt Sot. Tolet. Mol. Lore. & Bañez Nam, vt clarè ostendit Lugo *num.* 11. nullus horum Doctorum talem opinionem docuit, licèt aliqui eorum subobscurè loquuti sint.

289 Optimum dictæ communis sententiæ fundamentum sumitur ex Trid. *sess.* 25. *cap.* 1. *de Reform.* vbi Sancta Synodus præscribens quam viuendi rationem seruare debeant Episcopi non solùm jubet, vt modesta supellectili, & mensâ, ac frugali victu contenti sint; sed etiam, vt in reliquo vitæ genere, ac totâ suâ domo caueant, ne quid appareat, quod à sancto veterum Patrum instituto alienum sit. Ac deinde sic ait: *Omnino verò eis interdicit* (scilicet Sancta Synodus) *ne ex reditibus Ecclesiæ consanguineos, familiaresve suos augere studeant, cum & Apostolorum Canones prohibeant, ne res Ecclesiasticas, quæ Dei sunt, consanguineis donent, sed si pauperes sint, ijs vt pauperibus distribuant, res autem nō distrahant, nec dissipent illorum causâ.* Et paulò infra omnia prædicta ad cæteros Beneficiarios extendit in hæc verba. *Quæ verò de Episcopis dicta sunt, eadem non solùm in quibuscunque beneficia Ecclesiastica tam Sæcularia, quā Regularia obtinentibus, pro gradus sui conditione obseruari, sed etiam ad Sanctæ Romanæ Ecclesiæ Cardinales pertinere decernit.*

Cujus decreti vim ad prædictam com- 290
munem sententiam probandam immeritò eneruare conatur Cardinalis Lugo *d. sect.* 2. *num.* 12. contendendo, solùm in rigore procedere de reditibus, quorum meram administrationem habent Episcopi, & alij inferiores Beneficiarij, quatenus pro sui gradus conditione participāt de cura, & administratione rerum Ecclesiæ, non autem de reditibus, qui post diuisionem supra commemoratam singulis sunt applicati. Etenim hæc explicatio non solùm singularis, & aliena à communi Doctorum sensu (cùm omnes etiam ij, qui eidem Concilio interfuerunt, prædictum decretum intelligant de proprij beneficij reditibus, vt idem Lugo fatetur) sed etiam minimè cohærens rigori prædictorum verborum Tridentini; nam vt optimè Less. *lib.* 2. *de Iust. cap.* 4. *dub.* 6. *sub num.* 47. *vers. Notandum secundo,* quod in dicto decreto exprimitur, ne quis è reditibus Ecclesiæ augeat consanguineos, sed in eos, si pauperes sint, vt in pauperes distribuat, maximè quadrat in reditus, & fructus proprij beneficij: tum quia ex his solent Episcopi consanguineis donare, atque ejusmodi tantùm fructus in pauperes, vt pauperes, distribuantur: tum etiam quia illud præceptum extenditur ad omnes minores Beneficiarios, quorum pauci administrationem habent, nisi suorum beneficiorum.

Plura sunt fundamenta prædictę com- 291
munis sententiæ, quæ à citatis Doctori-

bus afferuntur, & ex infra dicendis intelligentur. Nunc satis sit hanc sententiam esse vniuersaliter receptam in tota Ecclesia: in qua semper intellectum fuit, teneri Beneficiarios expendere superflua suorum beneficiorum in pia opera. Quod pari ratione procedit in Monasterijs, & Conuentibus Religiosorum, quibus prouentus redundant, & in fabrica Ecclesiæ, cui reditus superfluunt, vt scilicet, teneantur quod superfluit, in pios vsus conuertere. Ita cum alijs Sanch. *d. dub.* 38. *num.*17. Quia reditus dantur monasterio, & fabricæ, vt decenter sustententur, & non vt luxurientur, & vt superfluum in pios vsus expendant.

292 Dubium verò non leue circa prædictã sententiam est, an ita obligentur Beneficiarij dictos reditus superfluos expendere in pia opera, vt si aliter expendant teneantur ad restitutionem malè expensorum? Affirmatiuam partem tenent omnes, qui sentiunt, Beneficiarios non esse dominos talium redituum, sed tantùm administratores, vt illos distribuant secundum intentionem Ecclesię, & eorũ, qui bona Ecclesiæ donarunt. Ex ijs verò, qui sentiunt, dominium horum redituum esse penes Beneficiarios, sequitur eandem partem Laym. *lib.*4.*tract.*2.*cap.* 3. *sub num.*3.*vers. Ad alteram quæstionem*, pro qua etiam stat Nauar. *in nouissimo tract. Apologet. de Reditibus Ecclesiæ.q.*1.*monit.* 51.*num.*3.*& q.*3. *monit.*3. *ad quartum.* Vbi admisso, quod Beneficiarij habeant dominium prædictorum redituum, adhuc contendit, ita esse obligatos expendere superfluum in pauperes, vel alia pia opera, ac si tantùm essent dispensatores constituti ad illud piè distribuendum; cum optimè stare posit, vt quis dominium alicujus rei acquirat sub tali modo, & onere, vt nisi illum impleat, contra justitiam peccet, & ad restitutionem teneatur; vt patet in hærede grauato facere, verbi gratiâ, sacellum ex bonis defuncti, quorum dominium acquisiuit.

293 Probat Laym. hanc sententiam, tum alijs fundamentis petitis ex multis textibus juris Canonici, & ex auctoritate antiquorum Doctorum, apud quos hæc sententia communis erat: tum ea ratione, quia cum ex perpetuo Doctorum consensu, & Ecclesiæ traditione constet, Beneficiarios peccare mortaliter, si reditus superfluos notabili quantitate in vsus profanos expendant, talis obligatio ita generalis, & ordinaria proficisci non potest ex lege charitatis, & misericordiæ, vt Auctores contrariæ sententiæ communiter volunt: ergo ex lege justitiæ oritur, propter annexum onus ipsis impositum expendendi in vsus pios, quod ex talibus reditibus superfuerit: vnde consequens est teneri restituere, quod aliter expenderint. Consequentia videtur bona, nam sublatâ obligatione charitatis, & misericordiæ, non apparet, vnde illa tam generalis obligatio oriri possit, nisi ex radice justitiæ propter dictum onus, sub quo talia bona donata fuerint ipsis Beneficiarijs. Antecedens verò probatur, quia lex charitatis, & misericordiæ non obligat grauiter ad dandum eleemosynam de superfluis, nisi ex parte proximi detur grauis necessitas: hæc enim est objectum, & materia, circa quam misericordia versatur; cujus obligatio non potest esse grauis, nisi circa materiam, seu necessitatem grauem: sæpe autem contingit, vt in loco, vbi Beneficiarij degunt, nemo tali necessitate prematur; & nihilominus etiam in eo euentu illi tenentur sub mortali expédere superflua sui beneficij in pauperes communes, vel alios vsus pios, secundum receptam Doctorum sententiam: ergo signum est talem obligationem non prouenire ex lege charitatis, & misericordiæ.

Nihilominus communis, & receptissima sententia inter Doctores, qui tenentur clericos effici dominos redituum suorum beneficiorum, est, non obligari tales Beneficiarios ad restituendum, quod profanè expenderint ex superfluo eorũ redituum, licèt ita expendendo grauiter peccent. Ita D.Thom. bene intellectus 22.*q.*185. *art.*7.*& apertiùs quodlib.* 6. *q.* 8.*art.*12. Sot. *lib.*10 *de Iust.q.*4. *art.*2. *ad* 4. Mol. *disp.*144. *num.* 19. Sanch. *lib.* 2. *Opusc.cap.*2.*dub.*37.*num.*11.*juncto n.*12. 294

Gar-

Garcia *de Benefic.part.2.cap.1. numer.6.* Less.*lib.2.de Iust.cap.4.dub.6.num.43.& 44.* Aug. Barbos. *lib.3. Iur. Eccles. cap. 17.num.12.* & alij innumeri, quos refert *num.10.* In reddenda autem ratione hujus sententiæ valde laborant illius Auctores, nec inter se conueniunt. Quidam enim illam ex eo probant, quia Beneficiarij acquirunt dominium prædictorum redituum: sed hęc ratio, nisi aliud addatur, inefficax est; cùm bene stare possit, quod aliquis sit dominus rei alicujus, & tamen teneatur ex justitia, & cum onere restituendi, illam expendere in aliquem certum vsum, vt optimè notarunt Doctores pro præcedenti opinione allegati.

295 Omissâ igitur hac ratione, & alijs minus efficacibus, quas præcitati Doctores afferunt, illa videtur optima, quam latè prosequitur Less. *supra num.45.* & breuiter sic habet. Quia si Beneficiarij, tenerentur ad restituendum, quod profanè expenderunt de prędictis reditibus suorum beneficiorum, vel id proueniret ex modo donationis, qua fideles bona transtulerunt ad Ecclesiam; vel ex præcepto, & dispositione ipsius Ecclesiæ: non ex primo capite; quia si loquamur de decimis, in quibus maxima ex parte consistunt reditus beneficiorum, non poterunt fideles ratione illorum imponere Ecclesiæ vllam obligationem erga pauperes; quia decimæ debentur Ecclesiæ ex justitia, ratione administrationis spiritualium, vt tradit D.Thom. 2.2.*q.77.art.1.* & est communis sententia; populus enim tenetur lege justitiæ sustentare pro dignitate eos, qui ei administrant spiritualia, vt etiam Ethnici lumine naturali agnouerunt: & ad hanc sustentationem constitutæ, ac determinatæ fuerunt decimæ ab initio Ecclesiæ ad exemplum legis Veteris. Qui autem soluit, quod ex justitia debet, non potest vllum modum, aut obligationem creditori imponere. Quod verò attinet ad alia bona Ecclesiæ à fidelibus donata, vt prædia, census, & dominia, ex quibus etiam reditus beneficiorum percipiuntur, licèt fideles ea potuerint donare sub modo, & obligatione justitiæ expendendi superfluum talium redituum in pauperes, & alia pia opera, tamen non constat, nec pręsumitur, quod sub tali onere illa donarint: cum vnaquæque res in dubio pręsumatur libera, vt Doctores communiter notant per text. *in l.Quoties, 18.ff.de Probat.& in cap.1. §.1.Si de feudo defuncti contentio sit.* Et licèt non dubitemus, fideles donando ejusmodi bona intendisse, vel desiderasse, vt superfluum illorum redituum piè expenderetur, talis intentio non inducit prædictam obligationem; nec credibile est eos voluisse illam Episcopis, & Prælatis imponere: tum quia etiam illâ seclusâ, confiderè poterant, quod illi sua sponte, vel ex obligatione aliundè ortâ id essent facturi: tum quia id etiam postulabat modestia, & reuerentia, quam in Superiores exhibere debebant.

Non prouenit etiam dicta obligatio ex secundo capite, idest, ex dispositione Ecclesiæ, quia nullis Summorum Pontificum Constitutionibus, aut Conciliorũ decretis tale onus reperitur Beneficiarijs impositum. Quod penè euidens signum est, illud non dari, non solùm ex Ecclesiæ dispositione, sed neque etiam ex natura rei: cum videamus in rebus minoris momenti, vbi similis obligatio clarè datur, sæpissimè eam exprimi, & intimari in Constitutionibus Pontificijs, ne quis ignorantiam prætendat; vt verbi gratiâ, teneri ad restitutionem fructuum Beneficiarium, qui Horas canonicas, vel partem earum non dixit, aut non interfuit diuinis officijs, & his similia. Confirmatur, quia Ecclesia non rescindit pacta, & donationes, quibus Beneficiarij fructus redundantes vanè expendunt. Quod omnino facere debuisset, si agnosceret eos fructus deberi pauperibus, aut pijs locis ex lege rigorosæ justitiæ obligationem restitutionis inducente. 296

Nec obstant fundamenta, quibus Laymanus in oppositam sententiam deflexit. 297 Nam quod attinet ad textus, & antiquorum Patrum testimonia, quibus nititur, jam supra diximus procedere tantùm pro primis Ecclesiæ temporibus, quando omnes

omnes reditus Ecclesiastici erant communes,& per Episcopos dispensabantur. Ad rationem verò,qua præcipuè ille Autor nititur, variè responderi potest,juxta diuersas opiniones, circa naturam obligationis, ex qua Doctores agnoscunt teneri sub mortali Beneficiarios expendere superfluum illorum redituum in pauperes, vel pia opera. Si enim teneamus eam obligationem esse tantùm ex præcepto Ecclesiastico, vt sentit Sot. *lib.* 10. *de Iust. q.*4 *art.*3. & Less. *d.dub.* 6. *sub num.* 47. *vers. Tertio clerici, in fine*, dicendum erit optimè stare,quòd Beneficiarij strictè obligentur expendere illud superfluū in pauperes communes ex lege charitatis, & misericordiæ; quia licèt ex sola rei natura non detur grauis obligatio faciendi eleemosynam ex misericordia, nisi pauperibus grauiter indigentibus (quod tantùm illa ratio probat;) attamen accedente præcepto humano, materia illius virtutis, quæ aliàs necessaria non erat, fieri potest necessaria, & sub graui obligatione talis virtutis. Quo pacto licèt jejunium quadragesimale,verbi gratiâ,non sit ex natura rei materia necessaria temperantiæ, tamen supposito Ecclesiæ præcepto, materia necessaria est, & grauiter contra eam virtutem peccat, qui absque legitima causa eo tempore nōn jejunat. Quare bene saluatur illa grauis obligatio Beneficiariorum, quin admittamus esse ex justitia, & cum onere restitutionis. Addo verò præceptum illud Ecclesiasticum, ex quo juxta prædictam sententiam, dicta obligatio oritur, intelligi conditionaliter, si nimirum Beneficiarij superfluum non expendant in alia pia opera spectantia ad cultum diuinum. Ita omnes Doctores agnoscunt, cùm communiter asserant Beneficiarios suæ obligationi satisfacere, si deficientibus grauibus proximorum necessitatibus, superfluum beneficiorum in opera diuini cultus impendant.

298 Si autem dicamus illam strictam obligationem non esse tantùm de jure humano, sed de jure naturali, & diuino, vt tenet cum alijs Sanch. *lib.* 2. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 40. *num.* 2. & Lugo *tom.* 1. *de Iust. disp.*4 *sect.* 2. *num.* 16. post Vasq. *Opusc. de Eleemosyna,cap.*4.*num.*12. asserentem à nemine, quem legerit, id negari, responderi potest ad prædictam rationem, qua Laym. nititur, illam strictam obligationem nō esse ex lege misericordiæ ad eleemosynam faciendam, sed ex prohibitione dissipationis, seu abusûs illorum bonorum, vt tradit Vazq. *supra num.* 14. & Lugo *d. num.* 16. eamque prohibitionem oriri non tam ex qualitate personarum, quam ex qualitate, & conditione ipsorum bonorum; quia sunt res Dei, vt Concil. Trid. *supra* dicit. Sunt enim omnia bona Ecclesiastica Deo à fidelibus oblata,& in Ecclesiam,ejusque ministros, vt ipsius Dei Vicarios,absolutè translata: & ideo quamuis eorum dominium penes ipsos ministros existat,ita vt citra injustitiam illa expendere valeant, vt sibi placuerit; tamen hoc ipso, quod illa religiosè non tractent,& expendant, vt res Deo consecratas, seu oblatas decet, contra jus naturale peccant;cùm ipsum lumen naturale dictet, res Dei non nisi ordinatè,piè, ac religiosè expendi debere. Quo dicendi modo retento, satis patet, nullam vim habere rationem Laymani, optimèque stare posse, quod Beneficiarij grauiter peccent malè expendendo superfluum suorum redituum, & tamen non peccent contra justitiam, neque restituere teneantur.

Atque hîc dicendi modus mihi magis 299
probatur, quam ille alius, in quo dicta grauis obligatio Beneficiariorum ad solum præceptum humanum refertur. Nā si hoc admittatur, posset Summus Pontifex validè saltem dispensare cum quolibet Beneficiario: & sic dispensatus tam licitè posset expendere superfluum sui beneficij in ludo, venatione, conuiuijs,& similibus profanis, quam alia sua bona patrimonialia, & quasi patrimonialia, quod non videtur admittendum. Præterea posset dicta obligatio per contrariam consuetudinem tolli: cùm omne præceptum merè humanum consuetudine abrogari possit: consequens autem communi-

muniter non admittitur. Tandem cum semper in Ecclesia extiterit, & cognita fuerit dicta Beneficiariorum obligatio, tamen non satis apparet ante Conc. Trid. jus aliquod positiuum, ex quo illa oriri posset: quod argumento est, illam esse de iure naturali propter peculiarem conditionem, seu qualitatem ipsorum bonorum: vt etiam aduertit Filliuc. *in Append. tract.* 43. *c.* 4. *n.* 7. & indicat satis Suar. *tom.* 4. *de Relig tract.* 8. *lib.* 3. *c.* 16. *n.* 29. vbi ait, Episcopos Sæculares expendendo profanè dicta bona non peccare contra justitiam, sed contra Religionem abutendo bonis aliquo modo sacris; vel contra misericordiam, omittendo pauperes propter consanguineos, vel contra obedientiam Canonum Ecclesiasticorum, præsertim Concil. Trid.

300 Illud autem contra prædictum dicendi modum videtur obstare, quod post factam supra traditam diuisionem redituum Ecclesiasticorum eodem modo datur Beneficiarijs sua pars (idest reditus suorum beneficiorum) atq; sua etiam datur pauperibus: sed pars, quæ datur pauperibus, illis acquiritur sine vlla obligatione expendendi tantùm in vsus pios, quod ipsis superfuerit, nihil obstante, quod hæc etiam pars sit ex bonis Deo oblatis: ergo idem dicendum de parte, quæ datur Beneficiarijs, si solam rei naturam, seu qualitatem talium bonorum spectemus. Præterea illud etiam omnibus ferè prædictis obstat, quod dicti reditus dantur Beneficiarijs, vt merces, & stipendium pro officio, & ministerio, quod in Ecclesia exercent: stipendium autem acquiritur absque obligatione certi alicujus vsus, licèt soluatur ex bonis Ecclesiæ, & Deo per fideles oblatis, vt patet in stipendio, quod ex illis bonis datur cantoribus, & alijs officialibus pro suo labore.

301 Persistendum nihilominus est in doctrina tradita; cui in primis non obstat, quod opponitur de bonis, quæ dantur pauperibus. Nam vt omittam, nunquam ex his aliquid superfluere, vbi semel talia bona egenis sunt distributa, satisfactum est obligationi illa piè distribuendi, & deinceps jam manent profana, & libera, vt in in quosuis vsus expendi possint. Quod non ita euenit in bonis, quæ dantur Beneficiarijs: quia his dantur tanquã Dei ministris, & vt sunt loco ipsius Dei: quare dum penes illos manent, res Dei censentur, quas non decet expendi profanè. Deinde non obstat etiam, quod hæc bona dentur Beneficiarijs tanquam merces, & stipendium pro ministerio, quod exhibent; quia licèt negari non possit reditus beneficiorum habere rationem stipendij, quod eis datur, vt inde viuant, juxta Apostolicum proloquium, Quod is, qui altari seruit, de altari viuere, & sustentari debet: tamen quatenus eam mensuram excedunt, rationem stipendij non habent, neque pro stipendio illis dari possent ab Ecclesia: sed dantur, & transferuntur in illos cum eadem obligatione, & conditione, cum qua antea erant sub dominio ipsius Ecclesiæ: atque adeò etiam dum ab illis possidentur, habent eam conditionem, quod sint res Dei, & vt sic, non nisi piè, ac religiosè expendi possint, vt explicatum est. Vnde non est simile quod affertur de bonis, quæ dantur cantoribus, & similibus ministris pro suo labore: hæc enim solùm habent rationem stipendij; vnde non solent illis dari, nisi in certa, & determinata quantitate, juxta proportionem sui meriti, & laboris: quod non ita fit in Beneficiarijs, cum eis absolutè conferantur beneficia, quorum reditus sæpe excedunt justam proportionem stipendij, vt est notissimum.

§. 3. *Quousque congrua Beneficiarij sustentatio extendatur, vt pro illa de reditibus beneficij expendi possit?*

SVMMARIVM.

Beneficiarij non tenentur ad vitam parcam, sed solùm ad non excedendum moderatum, & decentem viuendi modum, juxta suum statum, & regionem, in qua viuunt, n. 302.

Nomi-

QVamquam videri posset sufficere quæ dicta sunt circa conditionem bonorum, quæ à Beneficiarijs possidentur, vt exinde decidi posset quæstio principaliter intenta circa testamenta ipsorum Beneficiariorum: tamen adhuc supersunt nonnullæ dubitationes, quarum resolutio necessaria est, tum ad particularem vsum eorum, quæ dicta sunt, tum ad plenam explicationem ipsius principalis quæstionis, quam tradere intendimus.

In primis ergo, cùm dictum sit, non 302
teneri Beneficiarium expendere in vsus pios, nisi tantùm reditus beneficij, qui excedunt quantitatem necessariam pro congrua ejus sustentatione: prima dubitatio in præsenti est, quousque congrua sustentatio cujusque Beneficiarij extendatur, seu quantum nomine sustentationis congruę de reditibus beneficij accipi possit. Qua in re illud in primis generaliter statuendum est, Beneficiarios non teneri ad vitam parcam, sed solùm ad non excedendum moderatum, & decentem viuendi modum, juxta suum statum, & regionem in qua viuunt: & sic nomine sustentationis congruæ, quam ex reditibus beneficij desumere possunt, intelligi necessaria ad sui status, & familiæ honorabilem sustentationem, habitâ ratione sui gradus, & dignitatis, simulque regionis, vbi commorantur, sic tamen vt non pompaticè, & deliciosè more Sæcularium viuant, sed honorabiliter, vt Ecclesiasticos decet. Ita Mol. *disp.* 145. *num.* 8. Sanch. *tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *cap.* 2. *dub.* 41. *num.* 1. Lugo *tom.* 1. *de Iust. disp.* 4. *sect.* 4. *num.* 52. & alij.

Statuendum deinde, dictam sustenta- 303
tionem congruam, non consistere in indiuisibili, non solùm quia pro diuersitate temporum, & circunstantiarum, plus ad eam requiritur vno anno, quam alio, sed etiam quia pro eodemmet tempore, & circunstantijs, ac respectu ejusdem personę non datur, vel saltem non potest discerni certum medium indiuisibile, ad quod

quod ita sit determinata, vt si aliquantulum illud excedat, vel ab eo deficiat, congrua censeri non possit: reuerà enim suam habet latitudinem, intra quam congrua, & honesta censenda est; neque enim virtutes morales, & humanæ, ad illius indiuisibilitatis angustias rediguntur, sed latitudinem in suo medio admittunt, vt patet in temperantia comparatione ejusdem hominis eodem modo affecti, & in justitia comparatione pretij cujuslibet mercis in singulari, vt hujus equi hic, & nunc vendendi. Vnde quemadmodum intra latitudinem justi pretij datur pretium summum, infimum, & medium: sic in congrua sustentatione ijdem gradus distinguendi sunt. Sic Mol. *supra*, Less. *lib. 2. de Iust. c. 4. dub. 6. sub n.* 40. & Lugo *d. sect. 4. num.* 53. post Nauar. quem citant. Quare aduertunt bene ijdem Doctores, si infimum congruæ sustentationis alicujus Beneficiarij sint, verbi gratiâ, octingenti aurei, & medium nongenti, summum verò mille; & talis Beneficiarius solùm in se, suamq; familiam alendam insumat octingentos ex reditibus beneficij, posse ex ijsdem reditibus reseruare ducentos ad vsus, quos voluerit: quia hi etiam continentur intra limites justæ sustentationis, quàm ex beneficio poterat desumere.

304 Statuendum tertiò, intra congruæ sustentationis fines contineri moderata, & honesta conuiuia, & recreationes cum amicis, vel etiam extraneis ex justa causa, & eis in aliquo benefacere in signum amicitiæ; cum hæc etiam faciant, qui moderatè se sustentant. Item sumptus, qui decenter vitari non possunt, etiamsi fiant cum diuite: vt quando persona illustris hospitaretur apud Episcopum, cui indecorum esset illum non admittere, vel etiam non inuitare: continentur etiam donationes remuneratoriæ, etiamsi aliquantulum excedant æstimationem beneficij accepti; quia teste Philosopho 5. *Ethicor.* & D. Thom. 2. 2. *q.* 106. *art.* 6. non satis gratum se exhibet, qui remuneratione valorem beneficij non superat. Ita cum Nauar. Molin. & alijs Sanch. *dict. dub.* 41. *num.* 2. *& seqq.* Illud tamen addiderim, si beneficium acceptum consisteret in aliqua largitione, vel seruitio, ex quo bona patrimonialia, vel quasi patrimonialia Beneficiarij augerentur, non posse, tūc remunerationē ab eo fieri ex reditibus beneficij, nisi quod ex tali largitione, vel seruitio ei accreuit, expenderetur in pia opera, vel in congruam sustentationem ipsius Beneficiarij. Alioqui posset quis soluere ex reditibus beneficij pretium, quo bona patrimonialia emerat: quod nefas esse nemo non videt. Vnde etiam vera omnino videtur doctrina Sanch. & aliorum quos citat, & sequitur *dict. cap.* 2. *dub.* 42. *num.* 6. vbi contra aliquos tradit, non posse solui ex reditibus beneficij debita contracta pro vsibus profanis, vt in lite pro rebus patrimonialibus, vel pro delicto, &c. nisi quando Beneficiarius non haberet aliunde ad illa soluenda.

Tandem circa prædictam dubitationem non leuis difficultas est, vtrum nomine sustentationis congruæ, quam Beneficiarius potest desumere ex reditibus beneficij, veniant necessaria ad decentiam status, habitâ ratione eminentis nobilitatis, vel literaturæ, similisue excellentis qualitatis ipsius Beneficiarij, ratione cujus splendidiorem familiam, & statum, cæteris paribus, habere debeat: vt si esset filius Regis, vel eminentis Principis, aut Cardinalis, vel Doctor valde insignis; & famigeratus? Qua in re negatiuam sententiam tenet Lorca 2. 2. *sect.* 3. *disp.* 40. *num.* 39. docens clerico nobiliori, vel Doctori assignari non posse majorem sustentationem ex reditibus beneficij, quàm alteri minus nobili, vel minus docto æquale beneficium habenti; tum quòd sæcularis nobilitas, & excellentia debeat potiùs submitti, quàm eleuari in clericis ad sæcularem fastum: tum etiam, quia beneficia Ecclesiastica non sunt instituta ad fouendam sæcularem pompam, sed vt Ecclesiasticus honor pro sui officij dignitate decenter conseruetur. 305

Contrariam nihilominus sententiā defendūt Mol. *disp.* 141. *n.* 17. *&* 18. Sanch. 306

K *tom.* 1.

*tom.*1.*Opusc.lib.*2.*c.*2.*dub.*41. *n.*9.Ægyd. Bellanus *tract.de Actibus supernaturalib. disp.*27.*de Eleemos.dub.* 11.*n.*194. *& seq.* Lugo *tom.* 1.*de Iust.disp.*4.*sect.*4.*post n.*61. & alij. Adeò tamen hi Doctores in explicanda, & limitandâ hac sententia variant, vt nimis perplexum esset eorum mentem speciatim explicare. Quare hîc tantùm quod in re sentio, & cum quibus sentiam, tradere nitar. In primis ergo dico; si clericus eminentis nobilitatis, vel literaturę, alteriusue excellentis qualitatis personalis, non habeat bona patrimonialia, quibus iuuari possit, sed tantùm reditus beneficij Ecclesiastici, potest ex eis sumere integram sustentationem qualitati suæ personæ in clericali statu conuenienté. Ita sentiunt Doctores omnes proximè citati, & videtur esse communis sententia, cum, teste Sanch. *supra*, vniuersi fateantur, posse clericum è reditibus Ecclesiasticis viuere secundùm decentiam sui status. Fundamentum est primò, quia ipsa Ecclesia in distribuendis reditibus Ecclesiasticis liberalior se exhibet in personas literis, aut nobilitate sublimiores, agnoscendo propter has qualitates eis tribui debere plusquam alijs inferioribus, licèt in cæteris sint pares. Vnde Innocentius III. *in cap. De multa, de Præbendis*, juxta Conc. Lateran. dicit, personas sublimes, & literatas maioribus beneficijs esse honorandas, & propterea faciliùs cum eis dispensari posse ad plura beneficia obtinenda, consentit Concilium Trid. *sess.* 23. *cap.* 17. & idem voluit Joan. XXII. *in Extrauag. Execrabilis, quæ hodie est inter communes, sub titulo de Præbendis*, ibi: *Qui propter sublimitatem eorum, ac generis claritatem sunt potioris prærogatiua gratiæ attollendi.* Secundò, & veluti à priori, quia pium est, vt non habenti bona sufficientia ad se, & suum statum juxta qualitatem suæ personæ sustentandú, ita proportionaliter subueniatur, vt decenter juxta eam qualitatem, & statum sustentari possit: Beneficiarius autem omnes reditus sui beneficij in quosuis vsus pios insumere potest. Nota verò ex Ægydio, & Lugo *supra*, quod attentâ qualitate personæ, minus sufficit pro sustentatione congrua viri illustrissimi in statu clericali, quam si esset laicus, cum personæ Ecclesiasticæ modestiores, & temperatiores esse debeant. 307

Dico deinde. Clericus eminentis nobilitatis, vel scientiæ, quantumuis habeat bona patrimonialia, ex quibus sustentari posset, juxta qualitatem, & conditionem suæ personæ, potest saltem regulariter pro sua congrua sustentatione aliquid amplius accipere de reditibus beneficij, quá minus nobiles, vel minus docti æquale beneficium habentes. Ita Mol. *d. disp.* 145.*n.*18. Ægyd. Bellan. *disp.*27.*n.*194. & Lugo, *d. sect.*4.*num.* 63. Ratio est quia ex ejusmodi personis valde eminentibus maior honor, & vtilitas in Ecclesiam redundat, eorumq; seruitium, & obsequium Ecclesiæ impensum, maioris est valoris; & propterea meritò de reditibus ipsius Ecclesiæ plus accipere possunt ad cógruá sustentationem, quàm clerici ordinarij talia beneficia habentes. Quanto autem plus accipere possint, arbitrio prudentis statuendum est, habita ratione ad maiorem vtilitatem, & honorem, qui ex eorum ministerio in Ecclesiam redundat, vt satis per se constat, & notauit Lugo *supra*. Dixi verò, *saltem regulariter*, quia si contingat, quod dictæ personæ eminentes non sint magis de Ecclesia meritæ, quàm quiuis alius inferioris notæ Beneficiarius (quod rarò eueniet) nó patitur æquitas, vt maius præmium, seu stipendium accipiant. Aduertit hoc Molin. *d.n.*18.

308 Dico tandem: si dicti Beneficiarij qualitatibus personalibus valde eminentibus præditi habeant aliunde bona patrimonialia, vel quasi patrimonialia, ex quibus possint desumere eam portionem, qua vltra similes Beneficiarios ordinarios ad suam congruam sustentationem indigent, non possunt ex reditibus beneficij accipere, nomine propriæ sustentationis, nisi quantum similes Beneficiarij ordinarij eo nomine accipere possunt, & insuper quantum merentur ratione vtilitatis, & honoris qui

qui ex eminenti eorum qualitate, & dignitate Ecclesiæ prouenit, juxta superiùs dicta. Sic Mol. *d.n.*18 & Lugo, *supra n.*62. idemque sentit Sanch. *lib.* 2. *Opusc. c.*2. *dub.*41.*n.*11. cum Nauar. quem ibi refert. Fundamentum est, quia quod excedit ordinariam sustentationem respondentem ministerio Ecclesiastico, & sufficientem, vt clericus juxta gradum, quem in Ecclesia habet, ac pro merito erga ipsam Ecclesiam sustentetur, non habet rationem stipendij, sed illi datur cum intrinseca obligatione, vt piè expendatur, prout suprà latè explicatum est. Quando autem Beneficiarius ob eminentem qualitatem personalem maiori sustentatione indiget, & aliunde habet sufficientia bona, ex quibus illud plus accipere posit, pium non est, quod talem excessum è reditibus Ecclesiasticis desumat, parcendo alijs suis bonis, vt in profanos vsus expendantur.

309 Ad fundamentum primæ sententiæ, quatenus prædictis aduersatur, Respondetur facilè quanuis status clericalis sit status humilitatis, & modestiæ, tamen personas sublimes illum assumentes non ita debere ad humilitatem demitti, vt suæ qualitatis, & excellentiæ prorsus obliuiscantur, nihilque amplius in exteriori cultu habere debeant, quàm clerici ordinarij æqualia beneficia habentes: sed tantùm vt non ita magnificè se tractent, sicut si in statu sæculari manerent, & in dignitatibus sæcularibus sibi conuenientibus essent constituti. Vnde si ad sustentandum illum maiorem splendorem, & cultum, quo supra ordinarios Beneficiarios fulgere debent, bona patrimonialia non habent, alienum non est à ratione, ac pietate, quod illum ex reditibus beneficij sustineant, vt declaratum est. Ex quo vlteriùs sequitur non foueri per hoc sæcularem pompam ab Ecclesia alienam, sed potiùs ipsum Ecclesiasticum honorem conseruari, cum Ecclesiasticas personas deceat, vt vnaquæque juxta prærogatiuam gradûs, & qualitatis suæ in clericali statu sustentetur: quod vtique in maiorem Ecclesiæ splendorem cedit, vt per se constat. Accedit, quod plerumque ejusmodi personæ sunt vtiliores Ecclesiæ, ejusque auctoritatem augent: & ita sunt magis benemeritæ de ipsa Ecclesia, à qua proinde juxta proportionem talis meriti maius stipendium, & sustentationem accipere possunt, etiamsi habeant multa bona patrimonialia, vt supra explicatum est. Aduerte autem ex Ægyd. *d.disp* 27. *num.*195. & Lugo *num.*64. non quemlibet excessum nobilitatis, vel scientiæ sufficere, vt quis maius stipendium mereri censeatur, sed adeò notabilem requiri excessum, vt inde peculiaris dignitas, & splendor Ecclesiæ accrescat: quod non contingit, nisi ratione personarum valde eminentium.

Illud autem addendum, quoties Beneficiarius, quicumque ille sit, plus industriæ, ac laboris in vtilitatem suæ Ecclesiæ impendit, ad quod ex officio non tenetur, vt docendo, prædicando, audiendo cõfessiones, &c. posse vltra ordinariam sustentationem congruam accipere de reditibus beneficij in suam maiorem sustentationem, vel in quosuis alios vsus, quantum labor, & industria illa meretur: cum operarius dignus sit mercede sua: & qui amplius operatur, plus debeat accipere. Ita docent cum Nauar. Petr. Soto, Couar. & alijs, Mol. *disp.*144.*num.* 23. Sanch. *tom.*1.*Opusc.lib.*2.*cap.*2.*dub.* 38.*n.*16. & Lugo *tom.*1.*disp.*4.*sect.*4.*n.* 65. Quod si opponas ejusmodi operam impendi à Beneficiario ex supererogatione, & non videri posse Ecclesiam cogi ad eam peculiari stipendio compensandam, cum nemo cogatur soluere, quod emere non vult, & sponte ab alio impenditur. Bene ad hoc respondet Lugo, in hoc casu non cogi Ecclesiam compensare laborem spontaneum alterius, sed ipsummet Beneficiarium, qui est dominus illorum redituum, posse ac debere eos insumere in vtilitatem Ecclesiæ, vel alios vsus pios, & sic quemadmodum posset licitè similem operam alterius in vtilitatem suæ Ecclesiæ impensam ex illis remunerare, sic posse, operam suam loco alterius subrogare, & quod alteri in stipendi- 310

um daturus esset, sibi reseruare ad vsus, quos voluerit.

§. 4. *Vtrum sint aliqui reditus Ecclesiastici, qui à Clericis percipiantur absque prædicta obligatione expendendi superfluum in pios vsus?*

SUMMARIUM.

Vtrum distributiones quotidianæ, quæ dantur Beneficiarijs ob interessentiam in choro, ipsis acquirantur absq; obligatione eas piè expendendi? Prima sententia negat, n. 311. *Contraria sententia est communis, & suadetur, n.*312. *Soluuntur fundamenta primæ sententiæ, num.* 313. *Vtrum idem sit dicendum, quando omnes reditus beneficij consistunt in solis distributionibus. Respond. affirm. n.* 314.

An distributiones, quæ dictis Beneficiarijs dantur pro Anniuersarijs defunctorum, sint liberæ à dicta obligatione expendendi superfluum in pauperes? numer. 315.

*Quid de reditibus, qui recipiuntur ex Capellanijs? numer.*316. *& seq.*

Vtrum pensiones ex bonis Ecclesiasticis deductæ, dentur cum obligatione expendendi superfluum in pios vsus, quemadmodum reditus beneficiorum? Tres sunt principales sententiæ? Prima affirmat, etiam quoad pensiones, quæ dantur titulo sæculari, num. 318. *& seq. Secunda negat, etiam quoad pensiones, quæ dantur titulo spirituali, num.*320. *Ejus fundamenta, n.*321. *Tertia verò distinguit inter pensiones, quæ dantur titulo spirituali, & quæ titulo sæculari, ac de primis affirmat esse obnoxias prædictæ obligationi: secùs verò de secundis, n.* 322. *Quid circa pensiones, quæ ex aliqua justa causa, sine titulo tamen spirituali, aut temporali conferuntur? n.* 323. *Prædicta tertia sententia cæteris præfertur, ibid.*

*Reditus beneficij, quod quis solùm habet in Commendam, percipiuntur cum obligatione piè expendendi superfluum numer.*324.

*Vtrum sint etiam obnoxij dictæ obligationi superfluum piè expendendi fructus beneficiorum prouenientes ex castris, oppidis, & similibus locis dominio, & jurisdictioni temporali Ecclesiæ subjectis? num.*325.

Secunda dubitatio est, vtrum sint aliqui reditus Ecclesiastici, qui à clericis percipiantur absque prædicta obligatione expendendi superfluũ in pios vsus? 311 In hanc quæstionem veniunt in primis distributiones quotidianæ, quæ Canonicis, & similibus Beneficiarijs dari solent ob assistentiam, seu interessentiam in choro. Circa quas duplex est sententia. Prima tenet, eas non esse, nec dari liberas à tali obligatione. Ita Sarmiento, & Nauar. quos citat, & sequitur Sanch. *tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *c.* 2. *dub.* 46. *n.* 4. Probatur primò, quia hæ distributiones sunt verè pars redituum beneficij, & sic ex institutione, ac naturâ suâ habent eandem obligationem, quam cęteri reditus beneficiorum. Secundò, quia diuersus lucrandi modus non variat finem, ad quem recipitur lucrum, *l.* 1. *& l. Legatum,* 1. *ff. de Administr. rer. ad ciuit. pertinent, & Clem. Quia contingit, de Religios. domib.* hæ autem distributiones solùm quoad diuersum lucrandi modum distinguuntur à cæteris reditibus beneficiorum, quod scilicet, illæ quotidie, hi verò quotannis distribuantur. Tertiò, quia etiam pro illa interessentia in choro dantur cæteri reditus, quos ijdem Beneficiarij cum prædicta obligatione percipiunt.

Contraria nihilominus sententia est communis. Eam tenent Syluestr. Ang. 312 Palat. & plures alij, quos refert Sanch. *supra, n.* 2. tenet etiam Moneta, *de Distributionibus, p.* 3. *q.* 1. *n.* 18. qui sexdecim Doctores pro illa adducit. Item Valerus, *verbo, Munera, differ.* 1. *num.* 14. Gonçal. *ad Reg.* 8. *Cancel.* §. 7. *proæm. numer.* 164. & multi alij, quos citat, & sequitur August. Barbos. *lib.* 3. *Iur. Ecclesiast. cap.* 27. *num.* 31. Azor. *tom.* 2. *lib.* 7. *c.* 9. *q.* 1. Filliuc.

Filliuc. *in Appendice, tract.* 43. *c.*3 *q.*11. Bonac. *tom.* 1. *tract.* 4 *de Obligat. insumendi fructus beneficij in pios vsus, puncto* 2. *n.* 18. & Lugo, *disp.* 4. *sect.* 3. *n.* 25. qui plures referunt. Fundamentum est, quia distributiones deducuntur, & separantur à fructibus beneficij, vt dentur interessentibus diuino officio in præmium illius laboris personalis, & vt sint incitamentum ad illum cum maiori alacritate, & frequentia obeundum, quanuis aliàs ex institutione, & natura proprij beneficij ad illum sint obligati. Quod autem in ejusmodi finem expenditur, transit in liberum dominium, ac dispositionem recipientis; quemadmodum si quid ex reditibus Ecclesię promitteretur, ac daretur Scholasticis hujus Academiæ, qui audirét quotidie sacrum, interessent cócionibus, confiterentur singulis mensibus, ac cæteris Academicorum obligationibus satisfacerent. Licet enim reditus Ecclesiastici ex sua natura habeant, vt non nisi piè insumi possint: tamen vbi semel in prædictum vsum, qui maximè pius est, sunt distributi, plenè satisfactum est obligationi illos piè expendendi, sicut postquam semel sunt distributi in pauperes, vel in cantores, & alios seruitores Ecclesiæ. Confirmatur, quia si dictæ distributiones non darentur liberæ à prædicta obligatione, valde exiguum essent incitamentum ad interessendum diuinis officijs, vbi cæteri reditus beneficiales essent sufficientes ad congruam sustentationem Beneficiariorum: siquidem tunc solùm eis darentur, vt eas expenderent in pauperes: quod certè non magnoperè excitarentur ad illum interessentiæ laborem impigrè tolerandum: neque satis apparet quo modo id cum ratione præmij, vel stipendij stare possit.

313 Et ex his facilè soluuntur fundamenta contrariæ sententiæ. Ad primum fatemur, has distributiones esse partem redituum beneficij: addimus autem esse partem separatam, & peculiariter destinatam ad certum vsum pium, vt scilicet dentur in præmium, & incitamentum interessentiæ; quod vbi factum est, manet impleta, & extincta obligatio expendendi tales reditus in causam piam, quemadmodum quando in pauperes, vel musicos distribuitur aliqua pars redituum Ecclesiasticorum. Ad secundum respondetur, distributiones non differre solùm à cæteris reditibus beneficij quoad illum modum, sed etiam quoad substantiam, & titulum dationis, & acquisitionis earum. Nam distributiones licet supponant titulum beneficij, tamen dantur, & acquiruntur immediatè ratione personalis laboris, & interessentiæ: alij vero fructus, licet dentur intuitu laboris, & ministerij à Beneficiario exhibendi, tamen dantur, & acquiruntur immediatè ratione tituli ipsius beneficij, & hi sunt propriè illius fructus, cum beneficium nihil aliud sit, quam jus ad tales reditus percipiendos: vnde licèt interdum Beneficiarius priuetur fructibus ob non exhibitum ministerium, ad quod ratione beneficij tenebatur, non priuatur illis propter defectum tituli, sed in pęnam culpæ: distributiones verò, quando amittuntur à non interessente non amittuntur in pænam, sed ob tituli defectum, cum titulus immediatus, ex quo debentur, sit assistentia diuinis officijs. Et hinc patet etiam responsio ad tertium: ad quod dicimus etiam fructus beneficij dari intuitu, & cum onere interessentiæ, at non immediatè propter illam, sicut dantur distributiones, sed ratione tituli ipsius beneficij.

Si quæras, vtrum idem dicendum sit, quando omnes reditus beneficij consistunt in solis distributionibus. Respódent affirmatiuè relatis alijs Filliuc. *d. c.* 3. *q* 12. *n.* 13. Bon. *vbi sup.* & Lugo *d. sect.* 3. *n.* 27. Quod in omnibus procedat eadem ratio. 314

De distributionibus, quæ dantur pro Anniuersarijs defunctorum, potest similiter dubitari, an acquirantur absque prædicta obligatione expendendi superfluum in pauperes? Enimvero Bonifacius VIII. *in cap. vnico, de Clericis non residentibus, in* 6. decernit, idem obseruandum esse in eis lucrandis, quod in distributionibus, quæ dantur 315

 in-

interessentibus diuinis officijs. In hac igitur quæstione duas sententias affert Sanch. *lib. 2. Opusc. c. 2. dub. 45. num. 7. & 8.* Prima renet has distributiones non esse magis liberas à prædicta obligatione, quà fructus beneficiorum: & idem censet de quouis alio stipendio, & eleemosyna, quam clericus accipit pro aliquo ministerio, ad quod aliàs ratione beneficij tenebatur. Secunda verò oppositum docet, & hanc idem Sanch. probabiliorem judicat, & pro illa affert Nauar. & Couar. addirque esse etiam aliorum. Eandem tenet Azor. *tom. 2. lib. 7. cap. 9. q. 10. ad finem*, & Doctor Petr. Barbosa *in l. Diuortio, 8. 2. part. in princip. num 66. fine, ff. Solut. Matrim.* Probatur, quia ejusmodi bona propter personalem laborem absq; dicto onere à fidelibus dantur: & sic acquiruntur à Beneficiarijs tanquam patrimonialia.

316 Præterea, in eandem quæstionem veniunt reditus, qui à Capellanis percipiuntur ex capellanijs Collatiuis, quales sunt, quæ in titulum beneficij auctoritate Ecclesiastica sunt erectæ. Ex ijs enim, quæ Collatiuæ non sunt, certum est nullam induci obligationem expendendi earum reditus in pios vsus, cum tales reditus nó sint Ecclesiastici, neque ex bonis Ecclesiasticis percepti, & dentur Capellanis in stipendium laboris, & seruitij personalis, vt latiùs cum alijs docet Sanch. *lib. 2. Opusc. cap. 2. dub. 45. num. 4.* quæ est communis sententia. Quod verò attinet ad fructus perceptos ex capella Collatiua, res est controuersa; quidam enim consent, eos non percipi à Capellano absque dicta obligatione expendendi superfluum in vsus pios, quia sunt fructus proprij beneficij Ecclesiastici. Ita expresse Bonac. *d. tract. seu disp. 4. de Obligatione insumendi fructus beneficij in pios vsus, puncto 2. num. 19. fine*: & idem videntur sentire Sylu. *verbo, Clericus, 4. q. 4.* Azor. *d. q. 10.* & Filliuc. *in Append. tract. 43. cap. 3. q. 12. fine*, dum de solis Capellanis habentibus capellas non Collatiuas dicunt, posse earum fructus liberè expendere. Idem videtur sentire Nauar. *de Reditib. q. 1. num. 73.* dum simpliciter annumerat Capellanos inter Beneficiarios, qui adstringuntur prædictâ obligatione insumendi superfluum in pauperes.

Nihilominus de capellanijs Collatiuis, quæ dantur cum onere Missarum, contrarium sentiunt Sot. *lib. 10. de Iust. q. 4. art. 3. conclus. 3.* & Sanch. *d. c. 45. num. 6.* dicens, hanc sententiam probabilem, & tunc præcipuè securam esse, quando reditus capellaniæ non multùm excedunt valorem stipendij, quod pro Missis conferri solet: & ita sentire quosdam Neotericos; eandem videtur tandem admittere Nauar. *supra num. 75.* eamque probabilem esse affirmat Lugo. *de Iust. disp. 4. sect. 3. sub num. 29.* Ratio est, quia licèt ejusmodi capellaniæ sint propriè beneficia Ecclesiastica, tamen eorum fundatores solùm præsumuntur voluisse, vt earum reditus essent stipendium Missarum, quemadmodum in capellis non Collatiuis; non obstante, quod interdum excedunt proportionem justi stipendij pro tali ministerio: nam etiam in capellis non Collatiuis ejusmodi excessus aliquando reperitur, & sæpe pro Missis particularibus datur longè maius stipendium, quàm ordinariè dari solet: & tamen non intelligitur dari cum prædicta obligatione expendendi superfluum in pios vsus. Secus tamen dicendum, quando fundatores capellarum declarassent, se velle, vt earum reditus cum illa obligatione perciperentur. 317

318 Veniunt item in prædictam quæstionem pensiones ex bonis Ecclesiasticis deductæ: quarum tria sunt genera. Primum est earum, quę alicui applicantur titulo Clericali, & spirituali, idest pro munere, & officio spirituali. Secundum earum, quæ dantur titulo merè sæculari, vt quæ applicarentur cantoribus, aduocatis, procuratoribus Ecclesiarum, & quæ interdú militibus, & Principibus, & nobilibus in remunerationem laboris, aut seruitij temporalis in Ecclesiam exhibiti. Tertium denique earum, quæ dantur sine vllo titulo spirituali, vel temporali, vt quæ dantur ad componendam litem super benefi-

cijs

cijs ortam, vel ratione permutationis, aut resignationis, vel ob aliquam causam piam, vt ad decentem sustentationem elericorum, vel laicorum. Hae igitur in re variæ admodùm sunt Doctorum sententiæ, quæ ad tres principales reducuntur.

319 Prima sententia docet, etiam pensiones, quæ dantur titulo sæculari tribui eâ prædicta obligatione expendendi superfluum in pauperes. Hanc tenet Nauar. *de Reditib q. 1. num. 79* qui licèt solùm loquitur de pensionibus concessis ad vitam Pensionarij, tamen eadem est ratio de ijs, quæ dantur in perpetuum cum iure transmittendi illas ad posteros. Vnde idem innuit ipse Nauar. *supra num. 94.* de tertia parte decimarum, quæ in aliquibus prouincijs dantur Regibus. Et hanc sententiam sequi etiam videtur, Sarmiento *lib de Reditib. part. 3. cap. 5. num 7.* vbi absolutè dicit, pensiones habere eandem obligationem, quam reditus beneficij. Fundantur, quia bona, ex quibus pensiones deducuntur, sunt Ecclesiastica, & affecta prædicto onere expendendi superfluum in vsus pios: res autem transeunt cum suis oneribus *cap. Ex litteris, de Pignoribus, cap. Pastoralis, de Decimis, & l. 1. Cod. de Distract. pign.* ergo bona illa Ecclesiastica eum dicto onere transeunt in Pensionarios.

320 Secunda sententia ex opposito negat pensiones adstringi prædictâ obligatione, etiam quando dantur titulo spirituali. Pro hac sententia citantur Gigas *tract. de Pensionib q. 52.* Cauar. illum referens, *cap. Cum in officijs, num. 6. fine, de Testament.* & Zerola, *in praxi Episcop. part. 2. verbo, Pensionarius, fine,* dum asserunt, Pensionarios liberè testari posse de reditibus pensionum, & si decedant intestati, pertinere eos reditus ad legitimos hæredes. Expressè verò hanc sententiam tuetur Azor *tom. 2. lib. 7. cap. 9. q. 12.* dicens, esse longè veriorem de iure communi, pluresque Doctores, ac Rotam Romanam pro illa refert: & idem ferè repetit, *lib. 8. cap. 12. q. 5.* (quanuis postea, *eodem tom. 2. lib. 12. cap. 11. q. 3.* parum sibi constans magis in oppositum inclinet quoad pensiones, quæ titulo clericali conferuntur) Vazq. *Opusc. de Eleemos. in fine,* & Lugo *de Iust. disp 4. sect. 3. sub n. 32.*

321 Probatur hæc sententia primò, quia Tridentinum *sess. 25. cap. 1. de Reform.* solis Beneficiarijs injungit, vt non expendant superflua redituum Ecclesiasticorum in vsus profanos: quo videtur supponere, eam obligationem, quatenus est de jure, ad Pensionarios non extendi. Secundò, quia eo ipso, quod pensio deducitur ex bonis Ecclesiasticis more in Ecclesia solito, jam illa pars redituum applicatur, & expenditur in vsum pium, vt in sustentationem, vel subleuationem clerici, in remunerationem meritorum, ad componendam litem, & similes: vbi autem reditus Ecclesiastici semel sunt piè expensi, non manent deinceps obligati ad alios pios vsus. Tertiò denique quia ferè omnes fatentur, pensiones, quæ laicali titulo dantur, esse liberas à prædicta obligatione expendendi superfluum in pios vsus; eadem autem est ratio de cæteris, etiam titulo spirituali applicatis: siquidem omnes sunt deductæ è reditibus Ecclesiasticis, & ex justa causa Pensionarijs applicantur, ac in eorum dominium transferuntur: quod autem quædam dentur sub titulo, & onere spirituali, non ita verò aliæ, non videtur facere ad rem; nam etiam reditus, qui dantur in stipendium pro Missis, & similibus ministerijs, dantur sub onere, & titulo spirituali, & tamen acquiruntur absque prædicta obligatione, & sunt bona quasi patrimonialia.

Tertia sententia distinguit inter pensiones titulo clericali, seu spirituali collatas; & eas, quę dantur titulo sæculari: ac de primis affirmat esse obnoxias dictæ obligationi expendendi superfluum in pios vsus: de secundis verò id negat. Hãc sententiam quoad vtramque partem docent expressè Mol. *disp. 145.* Sanch. *lib. 2. Opusc. cap. 2. dub. 47. num. 5. & 6.* Azor *tom. 2. lib. 12. cap. 11. q. 3.* Bonac. *tract. seu disp. 4. de Oblig. insumendi fruct. benefic. in vsus pios, punct. 2. n. 17.* August. Barb. *lib. 3. Iur. Eccles. cap. 17. num. 33.* & alij 322

K 4 ean-

eandem sententiam, saltem quoad primam partem, tenet Garcia *de Benefic. 1. part. cap. 5. num.* 161. quatenus absolutè docet, pensionem æquiparari beneficio, quoad facultatem testandi, & disponendi de reditibus. Secundam partem, innuendo etiam primam, tradunt Sot. *lib. 10 de Iust q. 4. art.* 3. & Corduba *lib. 1. q. 18. ad secundum.* Fundamentum prioris partis est, quia pensiones, quæ dantur titulo clericali æquiparantur reditibus beneficiorum, qui etiam titulo clericali, & spirituali conferuntur: neque apparet ratio, cur illæ magis eximantur à prædicto onere, quam isti: cùm vtraque bona sint reditus Ecclesiastici, & in clericos titulo spirituali transferantur. Alia pars inde probatur, quia pensiones, quæ conferuntur titulo sæculari, dantur, vel in stipendium aliquorum officiorum, vt quæ applicantur cantoribus, procuratoribus Ecclesiæ, militibus, &c. vel in remunerationem meritorum, similemue causam; & ita debuerunt dari liberæ à prædicta obligatione, quemadmodum bona merè sæcularia, quando ejusmodi titulis dantur, & acquiruntur.

Addit præterea Sanch. *supra num.* 7.
323 cum Nauar. *in Apolog. monit. 64. & 65.* & quibusdam Neotericis, pensiones tertij generis, quæ scilicet, nec titulo clericali, nec laicali dantur, probabilius esse, quod retinent dictam obligationem, quemadmodum alij reditus Ecclesiastici, quia non sunt datæ in stipendium laboris, nec factę bona laicalia, sed ad tempus applicatæ propter aliquas causas pias. Ex his sententijs tertia videtur omnino præferenda, præterquam quoad hoc vltimũ additum circa pensiones, quæ sine titulo spirituali, aut laicali applicantur; has enim liberas esse à prędicta obligatione satis efficaciter probat Lugo, *supra vers. Tertia sententia;* quia cum dentur ex causa justa, & pia, hoc ipso satisfit obligationi pij vsus, cui reditus Ecclesiastici sunt obnoxij, quemadmodum quando talia bona dantur pauperibus. Argumenta, quæ pro primis duabus sententijs adducta sunt, quatenus faciunt contra tertiam à nobis admissam, facilè ex fundamentis ejusdem tertiæ sententiæ soluuntur, & ideo non est, cur in eis speciatim soluendis immoremur.

Veniunt etiam in eandem quæstionem 324
de superfluo piè expendendo, reditus beneficij, quod quis solùm habet in commendam. Hac tamen in re breuiter dicendum, hos reditus percipi à Commendatario cum obligatione expendendi superfluum in pios vsus; quia Commendatarius vt succedit, & substituitur Beneficiario in munere, & vtilitate; ita & in onere, & obligationibus, etiam quoad vsum fructuum quos percipit. Ita Syluestr. *verbo, Commenda, q.* 3. Nauar. *de Reditib. q.* 1. Sanch. *lib. 2. Opusc. cap. 2. dub.* 48. *num.* 1. Lugo, *disp. 4. sect. 3. num.* 33. & alij.

Tandem in prædictam quæstionem 325
veniunt fructus beneficiorum prouenientes ex castris, oppidis, & similibus locis subjectis dominio, & jurisdictioni temporali Ecclesiæ, in qua est beneficiũ, vt, verbi gratiâ, reditus, quos Episcopus Conimbricensis percipit ex oppidis ad illam dignitatem quoad temporale dominium pertinentibus. Qua in re Lorca 2. 2. *sect.* 3. *disp.* 40. *num.* 3. sentire videtur non teneri Beneficiarium expendere superfluum horum fructuum in pios vsus: ait enim, debere Prælatum vti primò his bonis ad conseruationem, & defensionem reipub. deinde verò facere ex illis eleemosynas, sicut facere deberet Princeps sæcularis. At contrarium docet Ægyd. Belan. *tract. de Actib. supernat. disp. 27. de Eleemos. dub.* 11. *num.* 176. & Lugo *supra num.* 34. Quia licet Prælatus sit etiam dominus temporalis eorum locorum, atque adeò debeat attendere ad illorum defensionem, & gubernationem temporalem; expendendo eorum fructus, vt oportuerit ad eum finem, imò & congregando thesaurum ad subueniendũ reipub. in futuris euentibus: tamem cum illi reditus reuerà sint Ecclesiastici, non satis est, quod prouenerint ex dominio temporali ad hoc, vt censeantur exempti à prædicta obligatione expendendi super-

perfluum in pios vsus. Nam etiam prædia Ecclesiæ bona sunt temporalia, & sub ejus dominio temporali: & tamen reditus beneficiorum, qui ex illis percipiuntur, ab illa obligatione exempti non sunt. Et confirmatur, quia monasteria Religiosorum sæpe habent oppida sibi temporaliter subjecta: & tamen nemo dicet, reditus ex illis perceptos liberos esse ab illa obligatione. Hæc sententia mihi videtur tenenda.

§. 5. Vtrum bona empta per Beneficiarium ex reditibus beneficij acquirantur ipsi Beneficiario, quoad dominium, & dispositionem?

SVMMARIVM.

Bona, quæ Beneficiarius emit nomine Ecclesiæ, acquiruntur ipsi Ecclesiæ, & in dubio censentur empta nomine Ecclesiæ, num. 326.

Vtrum etiam res, quas Beneficiarius emit suo nomine ex reditibus Ecclesiæ, acquirantur ipsi Ecclesiæ? Prima sententia affirmat, num. 327. Secunda, & vera negat, num. 328. Soluitur fundamentum contrariæ sententiæ, n. 329.

Bona, quæ Beneficiarius suo nomine emit ex reditibus sui beneficij, ita ipsi acquiruntur, vt tamen teneatur expendere superfluum in pios vsus, n. 330.

326 Tertia dubitatio est, vtrum bona empta per Beneficiarium ex reditibus beneficij acquirantur ipsi Beneficiario quoad dominium, & dispositionem? Hæc dubitatio procedit in bonis emptis nomine Beneficiarij: nam si sint empta nomine Ecclesiæ, certum est acquiri ipsi Ecclesiæ, statimque ipso jure in ejus dominium transire, non expectatâ traditione, per text. *in l. finali, Cod. de Sacrof. Eccles.* & sic non posse Beneficiarium de illis disponere, vt bene Petr. Barbosa *in l. Diuortio, 8. 2. part. in princ. num. 64. ff. Solut. Matrim.* Azor *tom. 2. lib. 7. cap. 10. q. 1.* & cæteri communiter. Additque Barbosa ex Innocentio, & Baldo, in dubio præsumendum esse rem fuisse emptam nomine Ecclesiæ. Enimverò in dubijs capienda est præsumptio in fauorem Ecclesiæ, & piæ causæ.

Circa res autem emptas nomine Beneficiarij, non leuis controuersia est. In 327 qua prima sententia affirmat, tales res acquiri similiter Ecclesiæ. Ita Sarmiento *3. parte de Reditib. cap. 2. à n. 1.* quem sequitur multa dicens, Vazq. *Opusc. de Reditib. Eccles. cap. 1. §. 3. dub. 1.* & magis confusè August. Barbos. *lib. 3. Iuris Eccles. cap. 17. num. 38.* Probant, quia bona empta ex bonis Ecclesiasticis fiunt ipsius Ecclesiæ, non solùm quando emûtur nomine Ecclesiæ, sed etiam si emantur proprio nomine ipsius emptoris; nam licèt generale sit quod emptum pecuniâ alicujus, non ei, sed emptori acquiritur, si is suo nomine emit, *l. Si ea pecunia, C. de Rei vindic.* tamen hoc fallit in ijs, quæ Tutor, Curator, vel Administrator emit ex pecunijs pupilli, minoris, ciuitatis, *l. 2. ff. Quando ex facto Tutorum, l. Vt proponis, Cod. de Rei vindic.* Quo eodem priuilegio gaudet Ecclesia, *cap. 1. & 2. 12. q. 3. cap. Fiscum, 12. q. 3.* Adducunt præterea citati Doctores in eandem sententiam plura Concilia, & decreta, quibus expressè statuitur, vt empta ex reditibus Ecclesiæ efficiantur Ecclesiæ, etiamsi alio nomine sint empta, vt exprimitur *in cap. Inquirendum*, ibi: *Sicut nec suo, nec alieno nomine, sed peculio Clericorum.* Quod etiam patet *ex cap. 1. in fine, de Testament.* ibi: *Quidquid cognoueris prædictum Episcopum acquisiuisse, in ejusdem Ecclesiæ dominio conserues.*

Secunda sententia, & vera stat in oppositum, scilicet, Beneficiarium ementem aliquid suo nomine ex fructibus beneficij, id sibi acquirere, non Ecclesiæ. 328 Ita Nauar. *in nouissimo tract. Apologet. de Reditib. Eccles. q. 1. monit. 47.* Azor *tom. 2. lib. 7. cap. 10. q. 1. & lib. 8. cap. 3. q. 5. vers. Quæstio quidem.* Reginald. *lib. 30. tract. 3. num. 120.* Petr. Barbos. *in l. Diuortio, 8. 2. part. in princip. num. 65. ff. Solut. Matrim.* & alij, quos refert. Probatur

tur facilè, quia Beneficiarius est dominus redituum, seu fructuum, quos ex suo beneficio percipit, vt constat ex superioribus; consequenter pecunia ex illis habita est ipsius Beneficiarij, & non Ecclesię, argumento *l. Si eum*, *§. Qui injuriarum*, *ff. Siquis caution.* Quod autem quis ex propria pecunia sibi emit, sibi ipsi acquirit, vt est notisimum; cum res empta succedat loco pretij pro ea dati. Et licèt verum sit Ecclesiam gaudere eo priuilegio, vt ipsi acquiratur quidquid ejus reditibus per eorum administratorem emitur, non obstante, quod emptio fiat nomine alterius; hoc procedit, quando talis emptio fit ex bonis, & pecunijs proprijs ipsius Ecclesiæ, non autem quando fit ex pecunijs alienis, vt in casu præsenti, cum fructus, & pecuniæ ex beneficio percepti, quibus Beneficiarius alias res emit, sint bona propria ipsius Beneficiarij, & non Ecclesiæ, vt hic supponimus, & ipsi etiam Auctores contrariæ sententiæ fatentur.

329 Et hinc patet responsio ad probationem pro eadem contraria sententia adductam. Quę quidem procedit, & habet vim quoad bona empta ex bonis proprijs ipsius Ecclesiæ; non autem quoad empta ex fructibus beneficij, quorum dominium erat Beneficiario acquisitum. Vnde etiam non obstant textus pro eadem sententia allati. Nam *cap. Inquirendum*, manifestè loquitur de rebus emptis ex bonis, quæ erant sub dominio Ecclesiæ: & eodem modo intelliguntur Conciliorum decreta, quibus Aduersarij nituntur; siquidem procedunt de rebus emptis ex reditibus Ecclesiæ pro eo tempore, quo nondum facta erat diuisio eorum redituum, & omnes erant sub Ecclesię dominio. Textus autem *ex cap. 1. de Testament.* solùm loquitur, quando Episcopus nihil in vita disposuit de emptis ex fructibus beneficij: in quo casu ex dispositione juris communis *in d. cap. 1. & cap. Relatum, 2. de Testament.* reuertuntur ad dominium Ecclesiæ: hodie autem tanquam spolia pertinent ad Summum Pontificem, præterquam in ijs locis, vbi Cõstitutiones Pontificiæ quoad talia spolia receptæ non sunt, vel contrariâ consuetudine sunt abrogatæ, prout hæc omnia cum Nauar. & alijs tradit Petr. Barbosa *supra*. Et quidem in hoc Regno Lusitaniæ omnia ejusmodi bona Episcoporum, de quibus inter viuos non disposuerunt, successoribus in eodem Episcopatu reseruantur, vt constat ex praxi, & tradit latè Gabr. Pereira *decis. 95. à n. 11*.

Nota verò, quamuis Beneficiarius fiat dominus bonorum, quæ suo nomine emit ex fructibus beneficij, attamen ea bona ipsi acquiri cum onere expendendi superfluum in pauperes, vel alios pios vsus, cum quo fructus illi, quibus emit, ad ipsum spectabant. Ita Nauar. *d. monit.* 47. Azor *tom. 2. lib. 8 cap 3. q. 5. verf. Quæstio quidem*, Reginald. *supra*, Bonac. *d. tract. seu disp 4. de Oblig. in sum. fruct. benefic. in pios vsus, pun. 2. num.* 20. Lugo *disp. 4. de Iust. sect. 3. sub num.* 43. & alij; estque resolutio quotidiana, vt eam appellat Nauar. Et constat facilè ex illa regula, Quod subrogatum sapit naturam ejus pro quo subrogatur, *l. Si eum*, *§. Qui injuriarum*, *ff. Siquis caution. & cap. Ecclesia*, *Vt lite pendente*, cum alijs, quæ probant frequenter rem succedere loco pretij. 330

§. 6. Vtrum Beneficiarij dictæ obligationi superfluum piè expendendi satisfaciant, quibuscumque pauperibus illud erogando?

SVMMARIVM.

Respondetur huic quæstioni affirmatiuè, num. 331.

Quando testator jussit aliqua bona distribui inter pauperes, intelligitur de pauperibus loci, in quo domicilium habebat, num, 332. *Hoc tamen intelligitur, nisi testator commisisset executori testamenti electionem pauperum. Et cum ejusmodi executore comparatur Beneficiarius, quoad obligationem distribuendi superfluum beneficij in pauperes, vel in alia pia opera, n.* 333.

Ex

Ex generali obligatione, & ordine charitatis, si cætera sint paria, succurrendũ potiùs est pauperibus conjunctis, quàm extraneis, indigenis, quàm alienigenis, pauperioribus, quam minus indigentibus, num. 334.

Nomine pauperum, in quos expendi potest superfluum beneficij, intelliguntur etiam, qui indigent ad sustentationem sui status; quod variè ampliatur, n. 335.

331 Quarta dubitatio est, vtrùm Beneficiarij dictæ obligationi superfluum piè expendendi satisfaciant, quibuscumque pauperibus, etiam alienigenis, & externis illud erogando? Respondent affirmatiuè Nauarr. *in nouiss. tract. Apologet. de Reditib. q.* 1. *monit.* 27. *num.* 1. Mol. *disp.* 145. *num.* 21. Azor. *tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 11 *q.* 2. Bonac. *d. disp.* 4 *pun.* 2. *num.* 3. Augußt. Barbos. *lib.* 3. *Iur. Eccles. cap.* 17. *num.* 22. quia nullus est textus, qui determinet locum, aut pauperes, in quos illi reditus expendendi sint: vnde teste Nauar. *supra* etiam peregrini, & alienigenæ dicuntur in sacris Canonibus juuari debere ex decimis. Et certè cum Ecclesia cunctos mundi fideles tanquam filios amplectatur, omnes pari amore, ac beneficentiâ prosequi debuit, quantum est de se: neque inter Christianos, cùm de benefaciendo agitur, fidelis aliquis debet reputari extraneus, sed omnes tanquam fratres, & domestici ejusdem fidei tractandi sunt, juxta illud D. Pauli *ad Galat.* 6. *num.* 10. *Dum tempus habemus, operemur bonum ad omnes, maximè autem ad domesticos fidei.*

332 Quod si opponas, quando testator jussit aliqua bona distribui inter pauperes, intelligi de pauperibus loci, in quo domicilium habebat, juxta communem sententiam, per *l. Si quis ad declinandam, Cod. de Episcop. & Cleric.* Quæ licèt videatur abrogata, *in §. Siquis autem pro redemptione, Auth. de Ecclesiasticis titulis*, quatenus in ea statuitur, vt bona illa applicentur hospitali illius loci, si vnũ tantùm in eo sit, & si plura, pauperiori; tamen non est sublata quoad illud, quod decernit, de erogando pauperibus talis loci, vt declarat Gloss. recepta *in cap. Si pater, verbo, Pauperes. de Testam. in* 6. Ad quod etiam facit *l. Quæ conditio, ff. de Conditionibus, & demonstrationibus*, vbi quando in testamento non adscribitur certus locus, intelligitur locus domicilij testatoris. Quare idem etiam in præsenti dicendum quoad reditus beneficij pauperibus erogandos, vt scilicet erogentur pauperibus loci, in quo est beneficium.

Negat consequentiam Nauar. *supra, num.* 2. *&* 3. tum quia Ecclesia cum sit vniuersalis mater, non tam speciali amore prosequitur pauperes loci, in quo est beneficium, quàm testator eos, qui sunt in loco sui domicilij. Tum etiam, quia Beneficiarius non est comparandus cum executore testamenti, cui simpliciter cõmittitur distributio bonorum in pauperes, in quo solùm habent locum jura, & communis sententia supra allegata; sed cum executore, cui commissa est electio pauperum, qui potest eligere, quos voluerit, vndecunque sint, juxta communem sententiam, quam relatis alijs tradit idem Nauar. Sanch. *tom.* 2. *Opusc. lib.* 4. *cap.* 1. *dub.* 40. *num.* 4. & Azor *tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 11. *q.* 2. Qui etiam cum ejusmodi executore comparat Beneficiarium: & quidem meritò, cum Beneficiarius sit dominus omnium redituum sui beneficij, & solùm teneatur expendere superfluum in pios vsus absque restrictione ad hos, vel illos: vnde consequens est, nullam etiam habere restrictionem, aut peculiarem obligationem respectu hujus, vel illius loci. Vnde quod etiam, quando non in subleuationem pauperum, sed in alia pia opera voluerit expendere illud superfluum, nõ teneatur ea opera facere in loco beneficij, docent bene idem Azor, & Mol. *locis citatis.* 333

Aduerte autem, prædicta intelligi cõsideratâ præcisè obligatione, cui reditus beneficiorum sunt specialiter obnoxij, vt eorum superfluum piè expendatur. Si enim spectemus generalem obligationem, & ordinem charitatis, tunc cæteris paribus 334

paribus debent Beneficiarij, & cæteri omnes, succurrere potiùs pauperibus conjunctis, quàm extraneis; & indigenis, quàm alienigenis; & pauperioribus, quàm minùs indigentibus. Item rationi etiam magis congruit, vt cęteris etiam paribus illud superfluum potiùs expendatur in ijs locis, vnde reditus beneficiorum percipiuntur. Quæ omnia satis ex se sunt aperta: viderique in hanc rem possunt Nauar. & Mol. *locis citatis*, & Lugo plura aduertens *tom.* 1. *de Iustitia disp.* 4. *sect.* 3. *num.* 38. *&* 39.

335 Illud etiam hîc aduertendum nomine pauperum, in quos dictum superfluum expendi potest, non solùm intelligi eos qui indigent ad sustentationem vitæ, sed etiam qui carent necessarijs ad sustentandum statum, juxta qualitatem, & conditionem suæ personæ, vt notant Nauar. *de monit.* 27. *num.* 4. Azor *dict. q.* 2. Sanch. *tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *cap.* 2. *dub.* 38. *num.* 11. & alij. Nam hi verè sunt, & dicuntur pauperes, piumque est illis succurrere, vt juxta suum statum commodè sustententur. Quin etiam inter pauperes computari debent quoad præsentem effectum, qui, cùm haberent sufficientia ad suum statum, ascenderunt ad aliquem honoris, seu dignitatis gradum, in quo pluribus indigent, vt digne, & conuenientèr juxta illum se tractent. Unde docet benè Nauar. *d. monit.* 27. *num.* 4. Sanch. *d. dub.* 38. *num.* 8. & alij, quos refert, siquis ex infima sorte ad Episcopatum, vel aliam magnam dignitatem assumatur, posse ejus consanguineis, qui solùm habebant sufficientia pro statu suo, aliquid amplius dari: quia cùm propter talis consanguinei prouectionem, illis non parum honoris, & splendoris accrescat, eo ipso indigēt pluribus, vt juxta talis honoris gradum se tractare possint; & ideo tanquam indigentibus, & verè pauperibus dari eis potest, quantum satis sit, vt dignè juxta illum gradum se tractent.

(:)

§. 7. Vtrum Beneficiarius possit reseruare superfluum beneficij pro futuris necessitatibus, vel vt posteâ piè expendatur?

SUMMARIUM.

Peccat mortaliter Beneficiarius, qui superfluum beneficij auarè reseruat, aut thesaurizat, n. 336.

Licitum est Beneficiario reseruare aliquam partem superfluorum ex justa causa; & quomodò id intelligendum sit? num. 337.

Quando, & quomodo possit Beneficiarius reseruare dictum superfluum pro fundando aliquo pio loco? num. 338.

Statuitur optima regula pro præsenti quæstione, eod. num. 338. *fine.*

Quinta dubitatio est, an teneatur Beneficiarius statim expendere dictum superfluum in pios vsus, vel possit reseruare pro futuris necessitatibus, aut vt posteà piè expendatur? Generalis resolutio hac in re est, peccare mortaliter Beneficiarium qui auarè illud superfluum reseruat, seu thesaurizat. Ita Nauar. *in nouissimo tractat. Apologetico de Reditibus, q.* 1. *monit.* 24. *num.* 3. & Sanch. *lib.* 2. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 38. *num.* 12. qui pro eadem sententia citant Gersonem, & Ludolphum Carthusianum, estque communis sententia, quam etiam firmant Abul. *cap.* 6. *in Math. q.* 74. & Sot. *lib.* 10. *de Iust. q.* 4. *art.* 4. Probatur, quia tam humanâ, quàm naturali, & Diuinâ lege tenentur Beneficiarij illud superfluum erogare in pauperes, vel alios pios vsus: contra quam obligationem faciunt non solùm, qui illud profanè expendunt, sed etiam qui auarè retinent, & custodiunt: vnde si mortaliter peccant profanè expendentes, similiter etiam auarè retinentes: imò hi grauiùs delinquunt, quia vt benè Aristoteles 4. *Ethic.* & S. Thom. 2. 2. *q.* 119. *art.* 3. Minùs malum est prodigus sumptus, qui alicui prodesse potest, quàm auara retentio, quæ 336

quæ nemini.

337 Cæterùm si justa causa interueniat, illicitum non erit aliquam partem superfluorum reseruare, vt ad proprias necessitates probabiliter euenturas, verbi gratiâ, ægritudinis, litium, sterilitatis, &c. vt in specie notat Sanch. *supra, numer.* 14. qui tamen benè cum Nauar. addit, non excusari ex hac causa, qui reseruarent illa bona, vt illis non deesset in decrepita ætate, cum adhuc sint adolescentes. Idem ferè tradit Mol. *disputat.* 145. *numer.* 20. vbi admittit licere hanc retentionem, quando de præsenti non occurrunt graues necessitates proximorum, & verosimiliter timentur propriæ, vel aliorum necessitates non multò post euenturę, quibus non speratur posse aliter commodè occurri. In quam sententiam adduci etiam possunt Diuus Thom. 2.2. *quæst.* 185. *artic.* 8. *ad* 4. Abulens. *supra*, Diuus Antonin. & alij apud Sanch. *d. dub.* 38. *numer.* 12. dum asserunt, quando de præsenti non occurrunt necessitates, licere ex reditibus emere possessiones, vel eos in thesauro reponere pro futuris necessitatibus.

338 Addit præterea Molin. quod etiam quando proximi grauiter de pręsenti non indigent, possunt Beneficiarij reseruare dictum superfluum ad fundandum aliquem pium locum, dummodo id fiat prudenter, & cauendo periculum, quod ferè semper interuenit, ne illa pia intentio fraudetur effectu, & bona in eum finem reseruata profanè tandem insumantur. Idem sentit Lugo, *disputat.* 4. *de Iustit. sect.* 3. *numer.* 41. vbi latè exponit, quomodo in his se gerere debeat Beneficiarius. Ex quibus pro tota hac quæstione breuiter statuo: excusari à peccato Beneficiarium, qui tam circunspectè, & ex causa tam justa & piâ, illud superfluum reseruaret, vt pensatis omnibus ipsamet reseruatio pia censeretur.

(:)

§. 8. *Vtrum non solùm peccet mortaliter Beneficiarius dictum superfluum profanè expendens, sed etiam accipientes ab illo?*

SVMMARIVM.

Respondent aliqui affirmatiuè, numer. 339.

Accipientes à Beneficiario dictum superfluum profanè expendente acquirunt dominium talium bonorum, ibidem.

Quando Beneficiarius donans dictum superfluum ex causa non pia, habet aliàs vnde possit tantundem expendere in vsus pios non peccat donatarius accipiendo, vel etiam petendo ab illo, vt sibi donet, num. 340. *Quid, si Beneficiarius non habeat, vnde prædictam compensationem facere possit? numer.* 341.

Accipiens à Beneficiario profanè expendente, quod in pios vsus tenebatur insumere, manet, obligatus ad ea bona piè expendenda, num. 342.

Vt Beneficiarius profanè expendens de superfluo beneficij mortaliter peccet, maior quantitas requiritur, quàm ad peccandum mortaliter in materia furti. Et quanto maior esse debeat? numer. 343.

Extra dubitatio est, vtrum non solùm peccet mortaliter Beneficiarius pro- 339
fanè dictum superfluum expendens, sed etiam accipientes ab illo? Respondet affirmatiuè Sanch. *lib.* 2. *Opusc. cap.* 2. *dub.* 38. *numer.* 14. referens in eandem sententiam Syluestr. Cordub. & Nauar. Probat, quia accipientes cooperantur peccato talis Beneficiarij. Hæc tamen res maiori explicatione indiget: in qua illud primò statuendum, accipientes acquirere dominium talium bonorum, quia cùm Beneficiarius sit verè dominus fructuum sui beneficij, vt supra ostensum

est, potest validè secundum rei naturam illos transferre in quascunque personas acquirendi capaces; neque est aliquod jus positiuum, quo talis dispositio irritetur.

340 Statuendum secundò, quando Beneficiarius donans illud superfluum ex causa non pia, habet aliàs vnde possit tantundem expendere in pios vsus, non peccat donatarius accipiendo, vel etiam petendo ab illo vt sibi donet; quia potest, & debet credere, quod talis Beneficiarius habebit animum expendendi piè, tantundem ex bonis liberis, & illa donatio cum tali animo facta non est illicita, vt ex superioribus constat. Nec obstat, quod fortè Beneficiarius non habebit illum animum, vel re ipsa postea non expendet tantundem in pios vsus ex bonis liberis; quia hoc proueniet ex ejus malitia, non ex donatione, cum per illam non reddatur impotens ad satisfaciendum suæ obligationi compensando causæ piæ ex alijs bonis, quantum ex dicto superfluo non piè donauit. Et ita docet Lugo, *disputation.* 4. *de Iustit. sect.* 3. *numer.* 48.

341 Statuendum tertiò, si Beneficiarius non habeat, vnde prædictam compensationem facere possit, peccat grauiter, qui cùm non sit pauper, illum inducit, vel ab illo petit, vt sibi donet de prædicto superfluo. Patet, quia iste manifestè inducit ad illicitum vsum illius superflui, & sic non minus grauiter peccat, quàm Beneficiarius, qui talem donationem faceret. Vnde in hoc casu verissima est sententia Sanch. *supra relata*. Si autem talis Beneficiarius sua sponte, & sine donatarij inductione illam donationem faciat, probabilius videtur non peccare donatarium acceptando, & accipiendo ab illo. Ita in simili de accipiente ab eo, qui alienat in fraudem creditorum, reddendo se impotentem ad illis satisfaciendum, docent Mol. *tom.* 2. *de Iust. disp.* 328. *nu.* 10. Petr. Nauar. *lib.* 3. *de Restitut. cap.* 4. *numer.* 218. Less. *lib.* 2. *cap.* 20. *dub.* 19. *num.* 168. & in specie Lugo *d. sect.* 3. *num.* 49. *& seq.* licèt *eodem tom. de Iust. disp.* 20. *sect.* 6. *n.* 116. sui fortè oblitus oppositum docuerit in prædicto simili de alienante in fraudem creditorum. Ratio est, quia licèt Beneficiarius in hoc euentu peccet donando, eoquod peculiari præcepto tenetur expendere piè dictum superfluum, & consequenter non donare illud profanè, tamen cum sit dominus talium bonorum, & possit ea validè transferre in donatarium, quem supponimus esse capacem illa acquirendi, non potest imputari culpæ ipsi donatario, quod illa acceptet, & sibi acquirat: quia vtitur jure suo, nec in hoc cooperatur cum peccato dantis; cùm hoc consistat in sola actione ipsius dantis, ad quam consequitur acceptatio recipientis; quę nihil aliud est, quàm vsus peccati alieni jam consummati, quæ cùm sit posterior tali peccato, nullam includit cooperationem ad illud.

Addo tamen teneri talem donatarium expendere illa bona in pios vsus, 342 quemadmodum tenebatur Beneficiarius, à quo illa accepit. Quam resolutionem desumo ex Sanch. *tom* 1. *Opusc. lib.* 2. *cap.* 2. *dub.* 54. *num.* 3. vbi docet; quod licèt in Hispania consanguinei succedant ab intestato Beneficiarijs non Episcopis, etiam in reditibus Ecclesiasticis, tamen si non sint pauperes, tenentur illos expendere in pios vsus. Et probatur facilè, quia neque hæredes, neque donatarij plus juris habent in illa bona, quàm haberent ipsi Beneficiarij, quibus successerunt. Et præterea, quia illa bona erant secundum se obnoxia obligationi, vt in pios vsus expenderentur, quæ obligatio non est impleta per translationem in donatarium, vel hæredem non pauperem; & ideo etiam post eam translationem durat, donec piè expendantur, vt patet.

Illud tandem pro tota ferme præcedenti doctrina notandum, vt quis peccet 343 mortaliter contra prædictam obligationem expendendi superfluum beneficij in vsus pios, non sufficere, quòd profanè expendat eam quantitatem, quæ in materia furti est sufficiens ad peccatum mortale, sed requiri maiorem; quia

[illegible] est a[illegible] stricto, [illegible] obligatio non [illegible] [illegible]to domino. Non est autem facile definire quanta debeat esse ista maio[illegible]s, vt respectu dictæ obligationis [illegible] materia grauis, & sufficiens [illegible] mortale. Quare Molin. [illegible] de re [illegible] disput. 144 numer. 20 solum [illegible] debere esse longè maiorem, quàm [illegible] quæ requiritur in furto; atque maiorem, quo portio propria Beneficiarij maior fuerit, postquam Beneficiarius, attentis omnibus circumstantijs occurrentibus, ad suam congruam sustentationem [illegible]. Et Ægyd. Bellan *disputat.* 27 [illegible] *dub* 11 *num.* 1[illegible]; ait materiam grauem censeri, si Beneficiarius profanè expendat tertiam, quartam, aut quintam partem redituum superfluorum. Hanc verò Ægydij sententiam nimis laxam putat Lugo *d. disp.* 4 *de Iust. sect.* 3 *num* 42. at ipse non minus dubiam sententiam profert: ait enim, sibi videri posse hac in re statui pro regula, vt tunc censeatur materia leuis, quando Beneficiarius ex viginti superfluis expenderit profanè vnum; & ex quadraginta duo; & sic de cæteris cum proportione. Ego certè nihil ausim definire, sed tantum dicere, non esse nimium laxandas hac in re habenas Beneficiarijs parum timoratis, neque nimium contrahendas timoratis, & scrupulosis, ne laqueos illis injiciamus.

§ 9. *Quousque per vltimam voluntatem possint Beneficiarij non Episcopi de rebus suis disponere?*

SVMMARIVM.

Beneficiarij possunt liberè testari de bonis patrimonialibus, & quasi patrimonialibus, numer. 344.

Quæ bona hîc veniant nomine patrimonialium, & quasi patrimonialium? numer. 345.

Etiam de bonis, quæ darentur Beneficiario pro Missis dicendis, respiciendo ad qualitatem talis personæ, eo quod sit Beneficiarius, potest ipse liberè testari, eod. num. 345.

Quando Beneficiarius aliquid insumpsit de suo patrimonio in pios vsus, potest liberè testari de pari quantitate redituum sui beneficij, numer. 346. Idem dicendum de parte redituum beneficij, quam Beneficiarius, vel suæ congruæ sustentationi subtraxit, vel labore, & industria in vtilitatem suæ Ecclesiæ impensa promeritus est, ibidem.

Beneficiarius potest liberè testari, generatim loquendo, de omnibus bonis, de quibus inter viuos liberè potest disponere. Et assignantur aliqua ejusmodi bona in particulari, vt distributiones, Anniuersaria, &c num. 347.

Beneficiarij etiam simplices, non possunt secundum jus commune testari de acquisitis intuitu Ecclesiæ, seu titulo beneficij, de quibus in vita solùm poterant disponere in vsus pios. Et idem est de emptis, seu acquisitis ex reditibus ipsius beneficij, num. 348.

Ex consuetudine possunt Beneficiarij in multis regnis testari, etiam de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis: ac nominatim in Lusitania, & in tota Hispania, & Gallia, numer. 349. Estque hoc citra dubium, quoad testandum ad causas pias, ibid.

Vtrum ex prædicta consuetudine possint etiam testari Beneficiarij ad causas non pias ex bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis? Prima sententia affirmat. numer. 350. Ejus fundamentum, numer. 351. & seq. Contraria sententia negat id Beneficiarijs licere, numer. 353. eaque præfertur, numer. 354. Valebit autem talis dispositio, numer. 355.

Non est irrationabilis dicta consuetudo, quoad effectum, vt Beneficiarij validè possint testari ad causas non pias, de acquisitis ratione be-

beneficij, seu intuitu Ecclesiæ, numer. 356.

Fundamenta sententiæ affirmantis, posse Beneficiarios ex consuetudine testari libere de acquisitis intuitu Ecclesiæ, so... ntur, n. 357. & seqq.

Summus Pontifex solùm ex graui causa potest concedere facultatem testandi ad causas profanas de bonis acquisitis intuitu Ecclesiæ, num 357.

Cur Beneficiarij possint libere disponere de distributionibus, non vero de cæteris reditibus beneficij? n. 359.

Peccat Beneficiarius, qui datâ operâ, decedit, absque testamento, ... bona, quæ habet intuitu Ecclesiæ acquisita, deueniāt ab intestato ad consanguineos diuites, num. 360.

Vtrum hæredes, & legatarij, qui, cum non sint pauperes, succedunt Beneficiario in bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, teneantur illa expendere in pios vsus? num. 361. & seq.

344 Explicuimus hactenus, quarum rerum dominium, & quantam vtendi, ac disponendi inter viuos Beneficiarij habeant facultatem, vt viam muniremus ad resolutionem principalis quæstionis ... cir... facultatem disponendi per testamentum; ad quam jam accedimus. Primo autem di... de facultate, quam habent B...ij, qui non sunt Episcopi: deinde ..., quæ competit Episcopis.

Quod ergo attinet ad Beneficiarios non Episcopos, qui etiam simplici nomine Beneficiariorum v...t. Sit Prima conclusio. Hi Beneficiarij libere possunt testari de bonis patrimonialibus, & quasi pat... Ita N... O... de R... quæst. 3 ... 1. ... cap. ... M... disput. 147. numer ... S... n. 1. Opusc. lib. 2. cap. 2. dub. 50 numer. 3. ... 4. August. Barbos. lib. 3. Iuris Eccles. cap. 17. numer. 50. qui plures referunt. Estque sententia indubitata; ... tium quod ... nia. Ratio est, quia ... veri domini omnium ... & nulla lege prohibentur ... sint libere de illis disponere ... rint, siue inter viuos, siue p... voluntatem.

345 Hinc colliges, Beneficiarios posse libere testari de omnibus ... bon... non sunt acquisita intuitu Ecclesiæ ... titulo beneficij, quæ omnia ... quæ non sunt fru... aut sunt patrimonialia, aut quasi patrimonialia. Unde integrum ... est testamentum solum de acquisitis titulo ... vt donatione, ... successione paterna, &c quæ bona appellantur patrimonialia; sed etiam de acquisitis ratione ministerij clericalis, qualia sunt stipendia Missarum, confessionum, concionum, & similium functionum Ecclesiasticarum, quæ bona quasi patrimonialia dicuntur. Aliqui hoc limitant, vt non procedat ... bonis quæ darentur Parocho, tanquam Parocho promissis, exprimendo vt dicantur a sacerdote, qui sit Parochus: quod ... illa bona dentur clerico, contemplatione Ecclesiæ, & non contemplatione personæ ipsius clerici. Ita sentiunt Syluest. *verbo, Clericus*, 4. *quæst.* 8. R... *eodem verbo*, 4. *num.* 3. Angel. *Clericus*, 13 *numer.* 5. & alij, cum quibus ... videtur sentire Couar. *in cap.* 1 ... *numer.* 11. *fine.* Hæc ... tio admittenda non est, quia etiam hæc bona simpliciter acquiruntur clerico, nec aliquis est textus, quo prohibeatur de illis testari. Et ita hanc sententiam multo veriorem dicit Sanch. *supra; num* 4.

Colliges præterea, quando Beneficiarius aliquid insumpsit de suo patrimonio in vtilitatem Ecclesiæ, vel in pauperes, aut alia pia opera, posse de pari quantitate redituum sui beneficij liberè testari; quia id non est propriè de reditibus beneficij, sed de patrimonialibus testari. Ita cum Nauar. & alijs Sanch. *pro ... citatus, n.* 5. & Mol. *disp.* 147. *n.* 4. patetque ex dictis *hac ipsa sect.* § 2 *numer* 2... 346

Idem dicendum de parte redituum beneficij, quam Beneficiarius, vel suæ congruæ sustentationi subtraxit, vel labore, & industriâ in vtilitatem suæ Ecclesiæ impensâ promeritus est, vt cum Nauar. notauit Mol. *eadem disp.* 147. & quoad residuum congruæ sustentationi subtractũ, tradit relatis plurimis August. Barbos. *in Collect. ad cap.* 7. *de Testam. num.* 3. quanuis oppositum censeat Garcia *de Benefic. p.* 2. *cap.* 1. *num.* 9. quia id etiam inter bona patrimonialia computatur, de quo proinde potest Beneficiarius in quosuis vsus disponere, vt admittit idem Garcia, & nos latiùs tradidimus *d.* § 2. *n.* 283. *&* §. 3. *n* 310. Addit autem Mol. raro id posse habere locum in foro externo, eoquod difficile sit probare, illa bona fuisse subtracta congruæ sustentationi Beneficiarij, vel fuisse ab eo promerita vltra congruam sustentationem.

347 Denique ne ad tot particularia descendamus, generaliter colliges, Beneficiarium posse liberè testari de omnibus illis bonis, de quibus in superioribus statuimus posse eum liberè disponere inter viuos, eaque insumere in quosuis vsus: ita vt qua certitudine, vel probabilitate hoc de his, vel illis bonis in particulari assertum est, vt, verbi gratiâ, de distributionibus quotidianis (de quibus posse Beneficiarium liberè testari docent in specie quamplurimi, quos citat, & sequitur August. Barbos. *supra numer.* 5. estque communis sententia) de Anniuersarijs, de reditibus Capellaniarum, &c. eâdem etiam de ijsdem bonis tenendum sit, posse Beneficiarium testari, eaque relinquere quibus voluerit. Ratio generalis est, quia omnia bona, de quibus Beneficiarius potest liberè disponere inter viuos, habent conditionem patrimonialium, de quibus non prohibentur Beneficiarij testari liberè; in quo ferè omnes Doctores conueniunt.

348 Secunda conclusio. Beneficiarij non possunt secundum jus commune testari de bonis acquisitis intuitu Ecclesiæ, seu titulo suorum beneficiorum, de quibus in vita solùm poterant disponere in vsus pios: & idem est de bonis emptis seu acquisitis ex reditibus eorundem beneficiorum. Constat *ex cap. Quia nos, & cap. Relatum,* 2. *de Testament. Auth. Licentiam, Cod. de Episcop. & Cleric.* & multis alijs juribus, estque communis omnium sententia. Quam tamen aliqui limitant, vt non procedat in Beneficiarijs simplicibus, seu administrationem non habentibus. At rejicienda est talis limitatio, prout eam rejiciunt Nauar. *Opusc. de Reditib. quæst.* 3. *num.* 5. *& in Apolog. eadem, q* 3. *monit.* 1. *n* 2. Couar. *cap. Cum in officijs, num.* 6. *de Testament.* Mol. *d. disp.* 147. *n.* 5. Sanch. *tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *cap.* 2. *dub.* 50. *num.* 6. Garcia *de Benefic. p.* 2. *cap.* 1. *num.* 7 qui omnes docent, etiam simplices Beneficiarios testari non posse de prædictis bonis. Et probatur, nam textus prohibentes ejusmodi testamenta loquuntur generaliter de Beneficiatis: imo *in d. cap. Relatum,* est sermo de Canonicis, quos constat esse Beneficiarios simplices. In hoc autem textu approbatur consuetudo, quæ tunc vigebat, vt Beneficiarij testarentur de aliqua modica quantitate rerum mobilium ad pias causas, non obstante, quod tales res essent acquisitæ intuitu Ecclesiæ.

Tertia conclusio. Ex consuetudine 349
possunt Beneficiarij in multis regnis de omnibus prædictis bonis licitè, ac legitimè testari, vt in hoc Regno Lusitaniæ, & in tota Hispania, & Gallia. Hanc consuetudinem esse in Lusitania, tutòque obseruari tradunt Petr. Barbos. *in l. Diuortio,* 8. *in princip.* 2. *part. num.* 63. *ff. Solut. Matrim.* Valasc. *de Partition. cap.* 35. *num.* 9. Cald. Pereira *tract. de Empt. & vendit. cap.* 16. *num.* 41. Gabr. Pereira *decis.* 95. *num.* 21. & Mol. *disp.* 147. *num.* 15. ac juxta illam sæpius judicatum fuisse in hoc Regno testatur Gama *decis.* 313. *num.* 8. *&* 9. Quanuis ejus tempore de valore talis consuetudinis dubitaretur propter quandam legem Extrauagantem, quæ, explosâ consuetudine, jubebat obseruari dispositionem juris Canonici: at lex illa jam est abrogata, nec per eam fuisse reuocatam

dictam generalem consuetudinem testatur Barbosa *supra*. Probat eandem consuetudinem Oliua, *de Foro Eccles. part. 2. q. 31. num. 1.* vbi notat, omnes ferme Constitutiones synodales Regnorum Lusitaniæ de ea facere mentionem. Quod etiam hæc consuetudo in Hispania vigeat, tradunt illam approbantes omnes Doctores proximè citati, & vltra eos Couar. latè *in cap. Cum in officijs, num. 9. de Testament.* Rota Romana apud Garciam idem approbantem *part. 2. cap. 1. num. 12.* & alij innumeri, quos citat, & sequitur August. Barbos. *in Collect. ad d. cap. Cum in officijs, num. 7.* Pro Gallia idem affirmant Couar. Caldas, Gabr. Pereira *supra*, August. Barbosa, *lib. 3. Iuris Eccles. cap. 17. num. 67.* & multi alij. Imo hanc consuetudinem in tota Ecclesia obseruari, videntibus, & consentientibus Prælatis, tradit Couar. *supra*. Et verò quod ex dicta consuetudine possint Beneficiarij validè, ac licitè testari de prædictis bonis ad pias causas, nulla est dubitatio, vt notauit Valascus *supra*; quod etiam loquendo de consuetudine Hispaniæ admittit cum alijs Sanch. *lib. 2. Opusc. cap. 2. dub. 50. num. 12.* vterque Mol. infra citandus, cæterique communiter. Ratio est facilis, quia prohibitio, ne clerici testentur, etiam ad vsus pios, de bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, est tantùm de jure humano, quod consuetudine abrogari posse citra dubium est.

350 Grauis autem difficultas est, an etiam ex eadem consuetudine integrum sit clericis testari de prædictis bonis ad causas non pias. Partem affirmatiuam defendunt Couar. *d. num. 9.* Perez *lib. 1. Ordinamenti, tit. 3. l. 1. vers. Est & aliud* Sarmiento, *lib. 6. de Reditib. part. 4. cap. 1. à num. 8.* Valasc. *d. num. 9.* Garcia *de Benefic. 2. part. cap. 1. num. 16. & seq.* Caldas Pereira, *d. cap. 16. de Empt. & vendit. n. 41.* vbi innumeros in hanc sententiam refert, Gabr. Pereira *d. decis. 95. num. 21. cum seq.* Aug. Barbosa, *lib. 3. Iuris Eccles. cap. 17. num. 67. & seq.* Qui omnes tenent à tempore immemoriali solere Beneficiarios in prædictis Regnis testari liberè de fructibus beneficiorum, & ex hac consuetudine licitum esse de illis testari in quosuis vsus, sicut de bonis patrimonialibus; vel saltem id non esse mortale peccatum, vt exprimit Caldas *supra, num. 43.* vbi cum alijs admittit, antiquam consuetudinem, et iam iniquam, & temerariam, excusare à mortali. In eandem sententiam adduci possunt plures alij, qui sine vlla restrictione admittunt, posse clericos de redditibus beneficiorum testari, vbi talis consuetudo viget. Consentit Gutier. *pract. quæst. lib. 2. q. 11. Cum limitatione, quam adhibet, num. 17.* vbi hanc sententiam admittit, quando clericus relinquit aliquid in vsus pios: secus si omnia relinquat in vsus profanos.

Fundamedtum hujus sententię est, 351 quia quod clerici non possint testari simpliciter de prædictis bonis, quorum habent dominium, est tantùm de jure humano, quod contraria consuetudine adeò inueteratâ penitus tollitur. Secundò, quia Summus Pontifex potest concedere facultatem ad testandum de illis bonis ad vsus profanos, saltem ex graui causa, vt cum alijs admittit Sanch. *lib. 2. Opusc. c. 2. dub. 51. num. 9.* ac re ipsa sæpe Episcopis concedit, vt testari possint; quæ concessio, licèt juxta multos Doctores solùm intelligatur ad testandum ad pia, tamen Gabr. Pereira *decis. 95. num. 9.* verius credit ad omnia prodesse, quòd etiam in odiosis dispositionibus, & priuilegijs veniant omnia, quæ sub verborum proprietate comprehenduntur *l. Cum lege, ff. de Testament.* Si autem hoc potest concedi priuilegio, etiam potuit fieri licitum ex consuetudine, quia valet argumentum à priuilegio ad consuetudinem, & econtra, vt notant Doctores per text. *in l. 3. §. Ductus aquæ, ff. de Aqua quotid. & in cap. Super quibusdam, §. Præterea, de Verbor. signif. & cap. 1. de Præscript.* declarantque citati per August. Barbos. *in tract. de locis communium argum. juris, loco 88. num. 1.*

Tertiò, quia si dictam consuetudinem 352 damnemus, fatendum erit, ferè omnes Beneficiarios decedere in peccato mortali,

tali, & in ſtatu damnationis, niſi per ignorantiam excuſentur: hoc autem non eſt admittendum; neque enim ſi Summi Pontifices id intelligerent, talem conſuetudinem tolerarent, ſed illam damnarent, & ſilentium huic ſententiæ imponerent;quod cum hactenus non fecerint, magno argumento eſt, licere juxta illam teſtari de reditibus Eccleſiaſticis in quoſuis vſus. Quartò denique quia dicta cōſuetudo non eſt irrationabilis, cum deſeruiat ad augendam clericorum dignitatem, pluresque ad eum ſtatum, ac miniſteria Eccleſiaſtica alliciendos. Vnde quemadmodum rationabiliter fieri potuit, vt diſtributiones de ipſis Eccleſiæ reditibus darentur Beneficiarijs liberæ; itaut de illis poſſent pro ſuo arbitratu ſtatuere, tam per vltimam voluntatem, quàm inter viuos, vt tenet communis ſententia relata *§.3.hujus ſectionis, num.* 312. & præter Doctores ibi citatos tenent relatis alijs, Caldas *dict. cap.* 16. *de Empt.& vendit.num.*3. & Auguſt. Barb. *in Collect. ad cap.Cum in officijs, num.*5. *de Teſtam.* eoquod dantur tanquam præmium ad alliciendos Beneficiarios ad aſsiſtendum Horis canonicis;ſic etiam rationabiliter potuit introduci, vt etiam fructus Beneficiariorum darentur eodem modo liberi; cum per hoc magis alliciantur clerici ad ſeruiendum Eccleſiæ, & obeunda miniſteria, propter quę beneficia inſtituta ſunt.

353 Contrariam nihilominus ſententiam tuetur acerrimè Nauar. *de Reditib. q.* 3. *num.*1.*& in Apolog.q.*1.*monit.*50. *num.* 1. *& 4.& monit.*53.*num.*1.*& q.*2.*monit.* 22.*num.*1.*& q.*3.*monit.*11.*num.*3. *& alibi*, quibus in locis obnixè affirmat, nullibi gentium eſſe conſuetudinem tam liberè teſtandi de reditibus Eccleſiaſticis, ac de patrimonialibus; & ſicubi eſſet, non valere. Eandem tuentur Panormit. *cap. Cum in officijs,num.*5.*de Teſtam.*Syluest. *verbo, Clericus*,4 *q.*2.*&* 3.Roſel. *ibidem n.*1. Angel.*verbo,Clericus*,13.*n.*2. Greg. Lop. *in l.*53.*tit.*6.*part it.*1.*verbo, Que los dieſſen, col.fin.* Turrecrem, *in cap. Nulli dubium*, 12. *q.* 5. *num.*1. Gabr.*in* 4.*diſt.* 15.*q.* 8.*art.* 3. & multi alij apud Couar. *in d.cap.Cum in officijs,num.*9. Qui omnes tenent dictam conſuetudinem non valere, potiùſque eſſe abuſū, & corruptelam, vt etiam credit Laym. *lib.* 4. *tract.* 2.*cap.*3.*num.*7. Et hanc ſententiam fatetur idem Couar. eſſe magis communem, & Nauar. in vltimo loco ſupra citato dicit, non ſolùm eſſe communem, ſed ferè omnes opinari non valere talem conſuetudinem. Stant etiam pro eadem ſententia Molin. Juriſta *lib.* 2. *de Primog. cap.* 10.*num.*56. Mol.Theol.*d.diſp.*147.*num.* 27. Petr. Barboſa *in l. Diuortio*, 8. *in princ.* 2.*part. num.* 62.*ff. Solut.Matrim.* Emman. Rodrig. *in ſumma tom.* 2. *cap.* 70.*num.*7. & Sanch. *tom.* 1. *Opuſc. lib.*2. *cap.* 2. *dub.* 50. *num.* 10. qui docent, non poſſe Beneficiarios ex vlla conſuetudine teſtari licitè ad vſus profanos de prædictis bonis. Non negant autem tale teſtamentum eſſe validum: imò id expreſſé admittit Mol. Theol. *loco citato*, dicens per tale teſtamentum transferri dominium illorum bonorum in hæredes,& jus poſitiuum, quo ea dominij tranſlatio impediebatur, tolli potuiſſe, ac re ipſa ſublatum eſſe per dictam conſuetudinem; id, quod etiam videtur docere alter Molina, & Petrus Barboſa *vbi ſupra*, quatenus dicunt, illud teſtamentum valere in foro externo ratione prædictæ conſuetudinis; in foro autem conſcientiæ minimè excuſari à culpa; atque idem non obſcurè tradit Sanch. *loco citato*.

Hæc ſententia, quatenus negat, licere 354
Beneficiarijs ex dicta cōſuetudine teſtari de illis reditibus in vſus profanos, ſicut de bonis patrimonialibus, mihi etiam videtur verior. Et probatur facilè, primò, quia Beneficiarij dum viuunt,nō poſſunt licitè expendere ſuperfluum horum redituum in vſus profanos, vt omnes communi conſenſu fatentur, & conſtat ex ſupradictis *hac ipſa ſect.§.*2. Neque mala conſuetudo, quæ de hoc eſt, illos excuſat: ergo etiam non poſſunt licitè in morte, ſeu per vltimam voluntatem in tales vſus diſponere de illis reditibus prætextu conſuetudinis;imò in hoc minus excu-

santur, cum jus magis se opponat dispositioni talium bonorum post mortem, quam in vita. Secundò, & à priori, quia licèt prohibitio testandi de his bonis sit tantùm de jure humano: at prohibitio disponendi liberè in vsus profanos est etiam de jure Diuino, vt probauimus *d. §. 2. num. 298. cum seq.* nulla autem consuetudo potest derogare juri diuino.

355 Vtrum verò talis dispositio valeat ratione dictæ consuetudinis? Partem affirmatiuam amplector cum Auctoribus primæ sententiæ,& cum Mol. ac nonnullis alijs pro secunda sententia adductis. Ratio est, quia per illam consuetudinem potuit auferri jus humanum, quo Beneficiarijs adempta est facultas testandi de illis reditibus; siquidem omne jus humanum per contrariam consuetudinem reuocari potest: sublato autem illo jure, non minus possunt de illis bonis disponere, eorumque dominium transferre per vltimam voluntatem, quam per donationem inter viuos; per quam, licèt sit ad causas non pias, & sic illicitè facta, dubium non est validè transferri in donatarium acquirendi capacem, suppositâ communi opinione superiùs traditâ, quòd Beneficiarij sunt simpliciter domini eorum bonorum.

356 Dices: eo ipso quod admittimus esse illicitum testari de illis bonis ad causas profanas, sequi illam consuetudinem esse irrationabilem, etiam quoad effectum auferendi jus humanum, quo talia testamenta irritantur; cum aperiat viam ad illicitas dispositiones: & sic per talem consuetudinem non irritari illud jus humanum; quia hic effectus solùm tribuitur consuetudini rationabili, & vtili. Respondetur negando assumptum; nam cum multi sint casus, in quibus Beneficiarij licitè possunt disponere de illis reditibus, etiam ad causas profanas, vt ex supradictis constat; & præterea cum sæpe dubium sit, an dispositio sit pia, necne? Frequentes excitarentur lites, & controuersiæ, vtrum valerent eorum testamenta, si jura, quibus Beneficiarij prohibentur testari de illis bonis, in suo robore permanerent, saltem quoad testamenta ad causas profanas; & ideo vt occasio litium, & perturbationis reipub. auferretur; vtile, ac rationabile fuit, quod illa jura simpliciter tollerentur; & consequenter quoad hunc effectum censetur dicta consuetudo satis rationabilis, & sufficiens ad operandum.

Atque ex his soluuntur facilè motiua 357 prioris sententiæ, quatenus vult, quod licitè possint Beneficiarij de prædictis bonis testari in vsus profanos. Ad primum respondetur, licèt sit tantùm de jure humano, quod clerici non possint testari vllo modo de illis bonis, tamen quòd non possint testari licitè in vsus profanos, esse etiam de jure diuino, contra quod nulla consuetudo præualere potest. Ad secundum admittimus, posse Summum Pontificem ex graui causa concedere, vt quis possit licitè testari de illis reditibus ad causas profanas: secus autem si talis causa non interueniat. Vnde non sequitur posse generaliter introduci per consuetudinē, vt quilibet sic testetur de illis reditibus, sed ad summum id posse licere ex consuetudine, quando quis haberet causam grauem, ex qua Pontifex hoc ipsum concedere potuisset. Neque verum est, quando Pontifex simpliciter concedit alicui Episcopo facultatem testandi, eam facultatem intelligi ad causas etiam profanas; oppositum enim tenet communis sententia, vt *§. sequenti* loquendo de Episcopis exponemus.

Ad tertium, respondetur, Beneficiarios dum passim testantur de prædictis 358 bonis ad causas profanas, facilè posse excusari à peccato ex bona fide, saltem propter auctoritatem Doctorum, qui docent id licere ex dictâ consuetudine. Neq; Summi Pontifices talem consuetudinem tolerantes illam tacitè approbant, sed solùm permittunt; cum facilè aboleri non possit; & satius judicant sinere Beneficiarios vti illâ bonâ fide, quàm eam tollere cum periculo, ne inde grauius illaqueentur; maximè cum vitium dictæ consuetudinis non sit adeò certum, & constans, vt non sit locus opinionibus; quod sufficit,

sufficit, vt Pontifices à declarationibus abstineant, & rem totam disputationi Doctorum permittant, vt in multis alijs materijs fit.

Ad quartam denique respondetur,
359 dignitatem clericorum non augeri per hoc, quod in profanos vsus possint distribuere de redditibus Ecclesiasticis, sed quod illos expendant pie, vt [illegible] statum decet. Atque vt [illegible] ad [illegible] satis sup[illegible] quod ex illis redditibus possint [illegible] sustentationem [illegible] ad suum gradum, & ad qualitatem propriæ personæ, vt explicuimus § 3 num 306 & seqq. Vnde [illegible] aliquid amplius accipiendi ad expendendum vel distribuendum in vsus profanos non potest ex talibus titulis [illegible] rationabilis. Neque exemplum de distributionibus est simile. Nam hæ dantur Beneficiarijs ad chorum obligatis in certa, ac determinata quantitate, juxta proportionem laboris personalis assistendi choro, vt eo quasi præmio ad illud magis excitentur, & ideo illas acquirunt tanquam proprium stipendium, & vt bona quasi patrimonialia, sicut stipendia, quæ dantur pro Missis, concionibus, & functionibus ministerijs Ecclesiasticis. At vero fructus beneficiorum non dantur in certa quantitate, neque immediatè ratione alicujus ministerij, aut laboris corporalis, sed indifferenter, siue multum accreuerint, siue decreuerint, omnes acquiruntur Beneficiario, & dantur immediate ratione tituli ipsius beneficij, vt Beneficiarius ex illis sustentetur, & siquid superfuerit in pios vsus expendat: proindeque tale superfluum non potest habere rationem stipendij, aut boni quasi patrimonialis, vt de illo posit ad libitum disponere, sicut de distributionibus.

Ex his colligitur, non solùm non excu-
360 sari dictâ consuetudine Beneficiarium, qui de prædictis bonis testatur ad causas profanas; sed etiam illum, qui cum talia bona habeat, non vult de illis disponere, sed permittere vt ab intestato deueniant ad consanguineos diuites, seu qui omnibus illis bonis non indigent ad suum statum sustentandum. Ita Mol. *disp.* 147. *num.* 31. Et ratio est clara, tum quia Beneficiarij tenentur talia bona expendere in vsus pios, quod iste non facit: tum quia, qui voluntarie decedit absque testamento, censetur bona sua relinquere, hæredibus legitimis, seu ijs, qui per leges debent succedere ab intestato, *l. Conijcietur, in princip.* ibi: *Quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem, ff. de Iur. codicil.* Vnde si non excusatur, qui testamento relinquit illa bona consanguineis diuitibus, etiam non excusatur, qui sponte decedit intestatus, quando ejus hæredes ab intestato sunt diuites, cùm vtroque modo bona relinquat ad causas profanas.

Si autem quæras, vtrùm ipsi hæredes, 361
& legatarij, in quibus dicta bona non possunt habere rationem eleemosynæ, teneantur illa expendere in pauperes, vel alios pios vsus? Videtur negare Mol *proximè, num.* 26. dum ait, hos hæredes, & legatarios non teneri ad vllam restitutionem: idemque asserit de donatarijs, quibus Beneficiarius male in vita donauit. In eandem sententiam affert Laymanus, *lib.* 4. *tract.* 2 *cap.* 3. *post num* 8 omnes alios, qui docent Beneficiarios non teneri ex justitia distribuere illa bona in pauperes, vel alios pios vsus. Ratio esse potest, quam idem Laymanus adducit, & Molinæ attribuit; quia si illa bona spectant ad Beneficiarios jure dominij sine annexo onere justitiæ, vt in pios vsus expendantur, licèt ipsi Beneficiarij contra charitatem peccent transferendo illa in personas diuites, attamen ea translatio est valida, & sine vllo onere, perinde ac si laicus donaret diuiti, quod ex lege misericordiæ pauperibus erogare tenebatur. Addit verò Laymanus, *num.* 9. contrarium dicendum esse juxta sententiam, quam ipse defendit, quod scilicet Beneficiarij obligantur lege justitiæ bona illa expendere in pios vsus.

Nobis tamen magis placet, quod eti- 362
am retenta sententia asserente Beneficiarios

an... non teneri ex ... pendere illa bona in vsus pios (quam vt communiorem defendimus cum Mol. Sanch. & aliis supra, § 2 num. 294 & seqq.) obligantur dicti h... , & legatarij ea bona erogare in aliquem pium vsum, vt docet Sanch. lib. 2 Opusc. cap. 2. dub. 54. num. 3. & à nobis probatum est §. praecedenti, num. 242. vbi hoc ipsum tradidimus de donatarijs, in quos Beneficiarij superfluum beneficiorum profanè erogarunt. Neque obstat ratio in contrarium: quia licèt illa bona sint propria Beneficiarij, absque onere iustitiç, vt in pios vsus expendantur; attamen non sunt libera ab obligatione Religionis ipsis quodammodo intrinsecâ, quatenus sunt bona Dei, & vt sic obnoxia vt piè expendantur: quemadmodum latè declarauimus ha... sect. §. 2. num. 298. cum seq. Quæ obligatio est realis, ac proinde comitatur illa bona, donec semel in aliquem pium vsum erogentur. Vnde non est simile, quod ... tur de bonis, quæ laicus donauit diuiti, cùm ex misericordia deberet ea dare pauperibus, quia obligatio dandi pauperibus ex lege misericordiæ est tantum personalis, & sic non afficit, nec comitatur bona.

§ 10. *Qu... possit testari Episcopi.*

SUMMARIUM.

Episcopi possunt libere testari de bonis patrimonialibus, & quasi patrimonialibus. Et si quid de ejusmodi bonis ... in pios vsus, ... num. 363

... num. 364.

Episcopi non possunt testari, etiam ad pias causas de reditibus Episcopatûs, sine facultate Summi Pontificis, numer. 365.

Si Episcopi ... pensiones, vel ... Episcopatum, ... do de ... § praecedenti num. 3... & seqq. ... possint testari ... acquisitis ratione tantum pensionum, & beneficiorum, quemadmodum Beneficiarij non Episcopi, num. 366.

Episcopi titulares, qui aliqua beneficia possident, possunt testari de acquisitis ratione talium beneficiorum, quemadmodum alij Beneficiarij non Episcopi, eod. num. 366.

Quando Papa concedit absolute licentiam ad testandum ... bonis acquisitis intuitu Ecclesiæ, ... ad vsus pios, num. 367. ... se dare facultatem ad ... quos... vsus? ibid.

Ex iusta causa potest Papa concedere licentiam ad testandum in vsus profanos de acquisitis intuitu Ecclesiæ. Si verò id concedat ... valet ... at tamen ... licentia peccabit, num. 368. & seqq.

Neque ad pios vsus potest Papa concedere Episcopo licentiam testandi de prædictis bonis, sine justa causa: at tunc solùm peccabit venialiter, numer. 369. fine.

An, & quando bona, quæ ab Episcopo possidebantur, ... post ejus mortem reperiuntur, censeantur acquisita ratione Ecclesiæ, & Episcopatûs, vel aliunde? num 371. & seqq.

Vtrum Episcopi non habentes facultatem testandi de acquisitis intuitu Ecclesiæ, possint, quando morti sunt vicini, disponere de illis per donationem? Prima sententia tenet, eos posse donare in vsus pios: at in modica quantitate, n. 374. Secunda verò probabilius docet eos posse donare ad pias causas quantamcumque quantitatem, num. 375. Soluitur fundamentum primæ sententiæ, n. 376. Prædicta secunda sententia solum procedit de donatione irreuocabili, ibid. Vt dicta donatio sit valida, non oportet fieri traditionem in vita ...

nantis. Debet autem ea donatio acceptari, vt jus donatario acquiratur. Et vtrum sufficiat, quod acceptetur post mortem donantis? numer. 377. & seq.

Vtrum Episcopi possint donare causâ mortis de acquisitis ex beneficio? n. 379.

Vtrum Prælatus simpliciter donans in articulo mortis censeatur donare causâ mortis? num. 380.

Episcopus donans inter viuos ad causas profanas de acquisitis ex beneficio peccat grauiter: valet tamen ea donatio, si fiat irreuocabiliter: secus autem si fiat reuocabiliter, num. 381.

Episcopi, & alij Beneficiarij testantes ex facultate Summi Pontificis possunt testamentum reuocare, & iterum, ac sæpius aliud testamentum facere absq; noua facultate, num. 382.

363 Circa Episcopos certum est primò, eos posse testari de bonis patrimonialibus, & ea quibuscumque personis relinquere: item si de his bonis expenderunt in vtilitatem Ecclesiæ, vel alios pios vsus, posse de æquali quantitate redituum Episcopatûs in quosuis vsus testari, vt de Beneficiarijs non Episcopis *§. præcedenti sub prima conclusione dictum est.* Et præter Doctores ibi citatos notant Gouar. *in cap. 1 de Testam. num.* 3. Petr. Barbos. *in l. Diuortio,* 8. 2. *part. in princip. num. 66. ff. Solut. Matrim.* Gabr. Pereira *decis. 95. num. 5.* Sanch. *lib. 2. Opusc. cap. 2. dub. 51. num. 1. & 2.* & alij, quos referunt: eadem quippe ratio quoad hæc bona est de Episcopis, atque de cæteris Beneficiarijs. Vnde idem etiam dicendum est de bonis quasi patrimonialibus, vt in specie aduertit Gabr. Pereira *supra,* cùm non minus, quàm cæteri Beneficiarij absolutum eorum dominium acquirant absque vllo onere conuertendi illa in vsus pios.

364 Nec audiendi sunt nonnulli Doctores, qui existimarunt, non posse Episcopos testari de bonis acquisitis propriâ industriâ post Episcopatum, eoquod *in cap. 1. de Testament.* solùm eis permittitur testari de acquisitis ante adeptam dignitatem. Ad quod etiam affertur *Auth. Licentiam, Cod. de Episcop. & Cleric.* vbi dicitur, Episcopis acquiri bona post dignitatem eis aduenientia à cognatis, cæteris bonis Ecclesiæ reseruatis. Oppositum namque docent communiter Doctores Couar. *in d. cap. 1. de Testament. num. 11. vers. Sed si rationem,* Mol. Jurista, *lib. 2. de Primogen. cap. 10 num. 27.* dicens esse communem, Sanch. *d. dub. 51. num. 4.* August. Barbos. *in Collectan. ad d. cap. 1. de Testament. num. 6.* & multi alij, quos referunt. Nullus enim est textus, quo Episcopi prohibeantur testari de vllis bonis, quæ propriâ industriâ, præterquam intuitu Ecclesiæ, seu titulo beneficij, acquisierunt. Textus autem in contrarium adducti, quibus acquisita à Prælatis post dignitatem Ecclesiæ adjudicantur, procedunt ex præsumptione, quod talia bona intuitu Ecclesiæ fuerint acquisita, vt satis constat *ex cap. Fixum, 12. q. 5.* & ita non habent locum in bonis, de quibus constat fuisse aliunde, quàm per Ecclesiam comparata, vt latè declarat Couar. & notauit etiam Glossa *finalis in d. cap. 1. de Testament.* Vnde infert idem Couar. posse Episcopos testari de illis bonis, quæ ipsis dantur ab ijs, qui factis ordinibus initiantur, quod hæc bona ipsis dentur ratione laboris personalis, & non ratione beneficij immediatè.

Certum est secundò, Episcopos non posse testari, etiam ad pias causas, de reditibus Episcopatûs sine facultate Summi Pontificis. Ita omnes fatentur, quia apertè in jure Canonico eis interdicitur de his bonis testari, *vt cap. Episcopi, cap. Sint manifestæ, 12. q. 1. cap. Ad hæc, cap. Cum in officijs, de Testament. Auth. Licentiam, Cod. de Episcop. & Cleric.* & alijs juribus. Quæ jura nullâ contrariâ consuetudine inueniuntur abrogata, vt admonet Couar. *in d. cap. Cum in officijs, num. 9.* Gam. *decis. 313. numer. 7. & 10.* Sanch. *lib. 2. Opusc. cap. 2. dub. 51. num. 5.* Petr. Barbos. *in l. Diuortio. 8. 2. part. in princip. numer. 66. ff. Solut. Matrimon.* Ratio cur Episcopis, & Clericis jure fuit in- 365

interdictum, ne de ejuſmodi bonis teſtari poſſent ea fuit, vt ſcientes ſe non poſſe de illis diſponere poſt mortem, incitarentur ad ea, dum in viuis eſſent, in pauperes expendenda, & auaritiam vitandam, vt notauit Nauarr. *in nouiſsimo tract. Apologetico de Reditibus, quæſt* 3. *monit.* 1. & Sanch. *ſupra.* Hæc tamen prohibitio quoad Beneficiarios non Epiſcopos ſublata eſt per contrariam conſuetudinem, vt *§. ſuperiori*, viſum eſt.

366 Vnde notat Gabr. Pereira, *d. deciſ.* 95. *num.* 8. ſi Epiſcopi ex diſpenſatione obtineant penſiones, vel aliud beneficium, vltra Epiſcopatum prodeſſe illis dictam conſuetudinem, quemadmodum Beneficiarijs non Epiſcopis, vt poſsint de acquiſitis ratione talium penſionum, & beneficij teſtari. Et ſimiliter teſtari poſſe Epiſcopos titulares, qui aliqua beneficia poſsident, quemadmodum Abbates, & Rectores Eccleſiarum, cum non ſint ſimpliciter Epiſcopi, ſeu non gaudeant beneficio Epiſcopali, & ſic magis accedant ad Abbates: atque ita judicatum fuiſſe affirmat per Senatores, in quodam proceſſu, vbi plures ſententiæ in Legatia prolatæ pro eodem caſu adjungebantur. Quę quidem ſententiæ quoad Epiſcopos titulares mihi videtur vera, quoad alios multum de illa dubito, ſi velit, eos poſſe teſtari de reditibus Eccleſiaſticis titulo alterius beneficij poſt adeptum Epiſcopatum acquiſitis, cum id videatur eſſe contra deciſionem, *d cap.* 1. *de Teſtamentis*, quod conſuetudine abrogatum non eſt.

367 Certum eſt tertiò, quando Papa concedit abſolutè licentiam ad teſtandum de prædictis bonis acquiſitis intuitu Eccleſiæ, intelligi ſolùm ad pios vſus. Ita Nauar. *Opuſc. de Reditibus, quæſt.* 3. *numer* 20. *& in Apolog quæſt.* 3. *monit.* 6. *num.* 3 Molin Juriſta, *lib.* 2 *de Primogen. cap.* 10. *num.* 30. Molin. Theolog. *diſp.* 147. *num* 35. Sanch. *lib* 2. *Opuſc. cap.* 2. *dub.* 51. *num.* 6. Auguſt. Barboſ. *in Collectan. ad cap.* 2. *de Teſtament. num.* 11. & cæteri communiter. Ratio eſt primò, quia talis licentia intelligenda eſt conceſſa rationabiliter, & juxta naturam illorum bonorum; quæ eſt, vt ſolùm expendantur in vſus pios. Secundò, quia in dubio non eſt præſumendum, Papam voluiſſe peccare: peccaret autem, ſi etiam ad vſus profanos eam licentiam concederet, vt inferius conſtabit. Vnde non obſtat, quod Gabr. Pereira, *deciſ.* 95. *num.* 7. contrarium ſentiens opponit, ſcilicet in priuilegijs venire omnia, quæ ſub verborum proprietate comprehenduntur, juxta *l. Cum lege, de Teſtament.* Nam hoc non procedit quoad ea, quæ ſi in ſpecie poſtularentur, veroſimiliter non concederentur, vt conſtat ex regula, *In generali, de Regulis jur. in* 6. Quamobrem, neque quando Papa in conceſsione diceret, ſe dare facultatem ad teſtandum in quoſuis vſus, intelligenda erit ad vſus profanos, vt notant cum alijs Nauar. Molin. Theolog. & Sanch. *ſupra citati.* Addit verò idem Molin. ſe credere, id iſſe verum ſolùm quando nulla apparet ratio legitima concedendi eam licentiam ad vſus profanos, vel aliunde res eſt dubia.

Certum eſt quartò, Papam ex juſta 368 cauſa poſſe validè, ac licitè concedere licentiam ad teſtandum de prædictis bonis, etiam ad vſus profanos: ſi autem id concedat abſque juſta cauſa, peccare tam ipſum, quam qui ex tali conceſsione ad vſus profanos teſtatur; ipſum tamen teſtamentum eſſe validum. Priorem partem hujus concluſionis tradunt Pater Mol. *d. diſp.* 147. *num.* 33. & Sanch. alios referens, *lib.* 2 *Opuſc. cap.* 2 *dub.* 51. *num.* 9. eſtque communis ſententia. Probatur quia Summus Pontifex habet pleniſsimam poteſtatem ad diſpenſanda ejuſmodi bona, vt recta ratio dictauerit: poteſt autem interuenire talis cauſa, vt valde rationabile ſit ea diſpenſare, & concedere in quoſuis vſus, etiam profanos, vt quando concederentur viro valde benemerito de Eccleſia, vel à quo magna Eccleſiæ vtilitas ſperaretur. Ex his ergo, & ſimilibus cauſis commune bonum Eccleſiæ concernentibus, validè, ac licitè dicta facultas teſtandi concedi poteſt à Pontifice.

Secunda pars, quod videlicet illa con- 369
ceſsio

cessio absque justa causa sit illicita, & illicitus etiam vsus ejus quoad testamentum ad causas profanas, docent Couar. *cap. Cum in officijs.n* 21. *de Testam.* Sanch.*d. dub.*51.*n.*8.& alij Ratio est, quia obligatio non expendendi illa bona in vsus profanos absq; graui causa, est de jure naturali, & diuino, vt sæpe in superioribus declaratum est:Papa verò nihil contra tale jus potest concedere, & si concedat, tã ipse, quàm tali concessione vtens, contra idem jus peccat. Aliâ etiam ratione non excusatur Pontifex à peccato, si absq; justa causa dictã facultatem concedat; quia neq; in jure humano licitum est Papæ dispensare absq; justa causa. Vnde notat bene Sanch.*n* 7.cum Nau.quem citat, etiam si Papa solùm concedat facultatẽ testandi ad vsus pios, à peccato non excusari, si absit justa causa, cũ etiam ad hos vsus prohibitũ sit jure humano testari de reditibus Ecclesiasticis. Addunt vero ijdem DD. non esse tunc peccatum mortale.

Quòd denique testamentum factum
370 ex dicta concessione absque justa causa sit validum; quæ erat vltima pars conclusionis, tradit bene Sanch. *dict. dub.* 51. *num.* 7. quamuis videatur contradicere Molina *d.disp.*147.*num.*34. quatenus dicit, eam concessionem nullius esse vigoris. Et probatur facilè, quia quòd clerici non possint validè testari de bonis acquisitis intuitu Ecclesiæ, quorum habent dominium, est tantùm de jure humano, vt etiam fatetur Molin. *numer.* 26. *& sequent.* In jure autem humano potest Papa validè dispensare, etiam absque justa causa. Vnde addit idem Sanch. hæredes, & legatarios in tali testamento constitutos non teneri restituere bona sibi relicta, cum eorum dominium acquirant, vtpote per dispensationem validam in eos translatum. Hoc tamen ego intelligo, vt non teneantur restituere ex justitia; at teneantur aliunde ea bona expendere in vsus pios, juxta doctrinam ejusdem Sanch. *dict. cap.* 2. *dub.* 54. *numer.* 3. vbi docet hæredes, & donatarios, in quos Beneficiarius talia bona transtulit, si pauperes non sint, teneri ea expendere in vsus pios, quemadmodum ipse Beneficiarius tenebatur: neque oppositum potuisse vllâ consuetudine introduci, quòd nos etiam in fine *§. præcedentis, & §.*8.*n.*342. latiùs tradidimus, eâ ratione, quia non plus juris habent circa ea bona successores Beneficiariorum, quàm ipsi Beneficiarij, dum illa possident.

Cum autem ex prædictis constet, 371
Episcopum solummodo posse testari de bonis aliunde, quam ratione Ecclesiæ acquisitis, atque ea tantùm ad ejus hæredes ab intestato deueniant, vtilis controuersia est, an bona, quæ post mortem Episcopi reperiuntur, censenda sint acquisita ratione Ecclesiæ, vel alio titulo. Qua de re longam disputationem texit Couar. *in c.* 1. *n.*6. *& seq de Testam.* Breuiter tamen dicendum est, quando constat Episcopum nulla bona habuisse ante adeptum Episcopatum, neque apparet bona aliqua comparasse suâ industriâ, vel alterius donatione, aut vltimâ voluntate, præsumi bona omnia, quæ relinquit, acquisita fuisse ratione Ecclesiæ, & Episcopatûs. Sic Mol. *disp.*147.*n.* 37. & August. Barbosa plures referens *lib.* 3. *Iuris Eccles. cap.* 17. *numer.* 51. Consonat idem Barbosa *in Collectan. ad cap.*1. *de Testament. numer.* 8. vbi cum alijs tradit, bona Prælatorum, & clericorum post adeptam dignitatem, & beneficium acquisita præsumi esse de bonis Ecclesiæ, ipsamque Ecclesiam habere intentionem fundatam super omnibus bonis à Prælato defuncto possessis.

Si verò constet Episcopum habuisse 372
bona ante Episcopatum, vel post eum adeptum aliqua comparasse propriâ industriâ, vel donatione, aut simili titulo, vt si gessit negotia publica in aliquo magistratu, ex quo salarium percepit, tunc judex attentis omnibus circunstantijs, & ipsorum bonorum quantitate, & qualitate, arbitrabitur quantũ ex rebus ab Episcopo relictis censendum sit quæsitum ex reditibus Episcopatûs, & quantum ex alijs bonis. Ita Couar. alios citans *loco supra citat.sub n.*9. *vers. Secundo potest*,& Mol. *d. num.*37. Si tamen reditus

Episcopatûs' essent tenues, & constet Episcopum habuisse aliqua bona, tradit Aug. Barb. *d.c.*17.*n.*51 semper in tali casu bona, quæ reperta fuerint post mortẽ Episcopi, præsumi potiùs quæsita ex bonis aliunde habitis, quàm ex reditibus Ecclesiæ, seu Episcopatûs.

373 Quando autem dubium fuerit, an Episcopus habuerit bona ante adeptum Episcopatum, ex quibus potuerit acquirere, & relinquere hæredibus? Aliqui Doctores apud Couar. *supra n.*7. docent, si hęredes sint in possessione bonorum, quæ post mortem Episcopi reperiuntur, incumbere Ecclesiæ, seu ei, qui nomine Ecclesiæ illa petierit, probare illa fuisse acquisita post Episcopatum. Si autem Ecclesia possideat, incumbere hæredibus probare, quòd Episcopus illa habuerit ante Episcopatum; & sic, quòd ipsis, non Ecclesiæ adjudicari debeant. At ipse Couar. & multi alij, quos refert, *n.*8. *ad finem*, tenent siue hæredes illa bona possideant, siue non, ipsis tantùm incumbere probationem, quod fuerint acquisita per Episcopum ante adeptam dignitatem, & nisi id probent, præsumendum esse, quòd fuerint acqusita ex reditibus Episcopatûs, & pertinere ad Ecclesiam. Quam sententiam Couar. & quidam alij communem dicunt: atq; pro ea stat optimus textus *in §. Interdicimus, Auth. de Ecclesiasticis titulis, collatione* 9. *& in cap. Sint manifestæ*, 12. *q.* 1. Facit etiam pro eadem sententia, debere Episcopum, quando dignitatem consequitur, facere Inuentarium bonorum, quæ ex patrimonio, vel aliunde acquisiuit, vt constat ex *cap. Manifesta, cum seqq.* 12. *q.* 1. *& ex c.* 1. 12. *q.* 3. & tradunt Couar. *supra, n.*9. Mol. *d. disp.* 147. *n.*37. & August. Barbos. *d.c* 17. *n.* 53. Vnde consequens est, si tale Inuentarium non fecit, præsumi debere omnia, quæ post ejus mortem reperiuntur, fuisse acquisita post adeptum Episcopatum. Deniq; in dubio semper propendendum est, bona, quæ remanent ex Episcopo defuncto, acquisita fuisse ex reditibus Ecclesiæ, vt notat Mol. *supra*, cùm hæc pars sit fauorabilior Ecclesiæ, & sacris Canonibus magis consona.

Dubitari etiam solet, an Episcopi non 374
habentes facultatem testandi de prædictis bonis intuitu Ecclesiæ acquisitis, possint, quando morti sunt vicini, disponere de illis per donationem? Hac in re prima sententia tenet, eos posse donare in vsus pios, at in modica quantitate. Ita cum Panormit. Imol. & alijs Aug Barb. *in Collectan. ad cap. Ad hæc, n* 4. *de Testam.* vbi dicit hanc esse communem DD. & idem videtur sentire Cou. *in cap. Cum in officijs, n.* 5 *de Testam.* Fundamentum sumitur ex *d. cap. Ad hæc*, vbi statuitur clericos ægrotantes posse de reditibus Ecclesiasticis moderatas eleemosynas facere: vnde à cõtrario sensu colligitur, nõ posse facere donationes immoderatas, neq; alio respectu, quam eleemosynæ. Cõfirmatur, quia alioqui illusoria esset prohibitio testandi de illis bonis: siquidem per donationem tẽpore mortis possent facilè transferri in easdem personas, quibus per vltimam voluntatem relinquerentur, si talis voluntas non esset prohibita. Ad euitandum igitur talem fraudem, & illusionem, constitutũ censetur, vt solùm possent donari in modica quantitate.

Secũda sentẽtia probabiliùs docet, pos- 375
se Prælatos ægrotantes, & morti vicinos donare inter viuos ad pias causas quantamcunq; quantitatem de illis reditibus. Ita Nauar. *Opusc. de Reditib. q.* 1. *n.* 86. *&* 87. *& in Apolog. q.* 1. *monit.* 81. *&* 82. Mol. Jurist *lib.* 2. *de Primog. c.* 10. *n.* 40. *&* 42. Mol. Theol. *disp.* 148. *num.* 5. Sanch. *lib.* 2. *Opusc. c.* 2. *dub.* 53. *n.* 6. & alij. Idem sentire videntur plures, qui absolutè dicunt, valere donationem factã de illis bonis, nec limitant, quòd sit in parua quantitate. Hi sunt Richard. D. Antonin. Gabr. Angel. Syluest. quos citat Sanch. *d. n.* 6. Imò addunt vterq; Mol. Sanch. & alij, talem donationem, quantumuis magnam esse laudabilem. Ratio est, quia ad Episcopũ pertinet simpliciter administratio, & dispositio omnium redituum sui Episcopatûs cũ obligatione expendendi quòd superest de sua congrua sustentatione in vsus pios: hæc autẽ potestas, & obligatio nõ tollitur per

per ægritudinem: imo tunc magis pro salute animę suæ debet ægrotãs illam obligationem implere, & facere in morte, quod in vita omisit.

376 Nec his obstat text. *in d. c. Adhæc*, quo prima sententia nititur. Respondetur enim primò, argumentum à contrario sensu, quale est, quod ex illo textu sumitur, non valere, quando contrarium ex jure, atque ex ipsa rei natura constat, vt in præsenti. Respondetur secundò, illum textum non procedere de reditibus beneficij, quorum dominium spectat ad Beneficiarium, sed de bonis proprijs Ecclesiæ, quorum solam administrationem habet Beneficiarius: in pręsenti autem solùm loquimur de donatione ex reditibus Episcopatûs, quorum dominiũ Episcopo ægrotanti quæsitum est. Deinde ad confirmationem desumptam ex eo, quod alioqui fraudari facilè posset prohibitio testandi de illis bonis. Respondetur negando assumptum: quia donatio, de qua nostra sententia procedit, est irreuocabilis, ita vt licèt Prælatus ab ægritudine conualescat, eam reuocare non posit: prohibitio autem testandi de illis bonis solummodo fraudaretur per donationem reuocabilem, seu quæ solùm post mortem Pręlati maneret firma, quemadmodum testamentum. Vnde ex eo quod Episcopus prohibeatur testari de reditibus Episcopatûs, tantummodo sequitur, non posse in vita disponere de illis bonis reuocabiliter, vt latiùs tradit vterq; Mol. *supra*, & tenet etiam Sanch. *supra*, *n. 7*.

377 Aliqui Doctores credunt, vt prædicta donatio sit valida, oportere fieri traditionem in vita donantis. At meritò id rejicit cum alijs Sanch. *n.* 8. Quia donatio inter viuos nõ postulat rei donatæ traditioné, vt valida sit, *l. Siquis argentum, C. de Donat.* nostra vero resolutio solùm procedit de donatione inter viuos, eâq; ad causas pias, quæ paucioribus conditionibus indiget. Oportet autem talem donationem acceptari, vt jus donatario acquiratur, vt nunc ex materia de donatione suppono, & notat Sanch. *supra*, *n. 7*. Vtrum verò sufficiat, quod acceptetur post mortem donantis? Videtur respondendum affirmatiuè ex doctrina ejusdem Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 6. n. 5.* vbi contra nonnullos docet, donationem posse acceptari post mortem donantis: quia donatio ante acceptationem est valida, & perfecta ex parte donantis, vt habetur, *l. Nec ambigi, C. de Donation.* atq; vt supponitur, non fuit reuocata ante accceptationem: nec præjudicium hæredum donatoris est in consideratione, cùm censeantur vna, & eadem persona cum defuncto. Et pręterea, quia communis sententia est, mortuo donante ante acceptationem, non posse ejus hæredes illam reuocare. Quod inutiliter diceretur, si donatio jam nõ posset acceptari, & perfici. Atq; ita etiam docet, Mol. Jurist. *lib. 4. de Primog. c. 2. n. 77.* Addit autem idem Sanch. hanc sententiam solùm habere locum, quando donans ante mortem nuntium, aut epistolam misisset donatario ad donationem illi intimandam.

Cęterùm, his nõ obstantibus, omnino 378 dicendum videtur, in casu, de quo loquimur, non valere donationem, nisi acceptetur in vita donantis; quia vt ex supradictis constat Episcopus solùm potest donare de illis bonis irreuocabiliter: donatio autem, dum non acceptatur, licèt sit perfecta ex parte donantis, est reuocabilis, quemadmodum testamentum; & sic nisi perficiatur etiam ex parte donatarij per acceptationem in vita donatoris, ita vt maneat irreuocabilis, non potest in casu præsenti esse valida. Et ita videtur docere Panormit. *in cap. Cum in officijs, de Testam.* Syluest. *verb. Clericus, 4. q. 3.* & Angel. *eodem verbo*, 13. *n.* 2. dum asserunt valere donationem, si Beneficiarius donet in vita, & non relinquat donandũ pòst mortem, vbi vidétur postulare, quòd donatio viuente donatore perficiatur saltẽ in ratione pacti, quod fit per acceptationé, ante quã solũ est donatio inchoata.

Omnia supradicta procedunt de donatione inter viuos ad causas pias. Si autem loquamur de donatione causâ mortis, dicendum est, neque ad pias causas posse ab Episcopo talem donationem 379

M 2 fieri

fieri de reditibus Episcopatûs, vt tradit Sanch. *d.dub.* 53. *n.* 9. Quia talis donatio est reuocabilis: Prælatus autem non potest donare illa bona reuocabiliter, vt ex supradictis constat. Non negauerim tamen posse oppositum probabiliter defédi, iuxta sententiam, quam cum eodem Sanch. *lib.* 7. *in Decal. c.* 8. *n.* 11. & alijs ab eo relatis, vt probabiliorem amplexi sumus *sect. præcedenti*, §. 2. *n.* 162. asserentem posse monachum donare causâ mortis ex licentia sui Prælati; non obstante jure prohibente monachis testari absq; licentia Summi Pontificis. At quia in Episcopis magna aperiretur via fraudandi leges, quibus prohibentur testari de reditibus Ecclesiasticis, si possent donare reuocabiliter absq; dependentia à facultate Superioris, ideo magis placet vt in praxi non admittatur, eos sic donare posse, nisi fortè quando constiterit eos id non facere in fraudem Canonum, quibus prohibentur testari.

380 Quod si quæras, vtrum Prælatus simpliciter donans in articulo mortis, censeatur donare causâ mortis? Affirmat, Mol. *d.disp.* 148 *num.* 9. cum Couar. quem ibi refert, asserens, licèt communes ægroti, qui possunt testari, non præsumantur donare causâ mortis, quando in eo articulo simpliciter donant, tamen id fallere in Prælatis, qui testari prohibentur, nisi ex circunstantijs concurrentibus aliud intelligatur. Cæterùm magis placet sententia alterius Molinæ, *lib.* 2. *de Primogen. c.* 10. *num.* 41. qui docet, Prelatum simpliciter in dicto articulo donátem præsumi potiùs donare inter viuos, per text. *in l. Seya*, §. *Pater*, *ff. de Donat. causâ mortis*, ibi: *Eum autem, qui absolutè donaret, non tam mortis causâ, quàm morientem donare.*

381 Item si loquamur de dispositione inter viuos ad causas profanas, vt si Prælatus de prædictis bonis maioratum instituat pro conseruanda familia; dicendum est, talem dispositionem esse validam, si fiat per contractum irreuocabilem, vel alio modo irreuocabiliter: prælatum autem sic disponentem peccare mortaliter. Si autem, fiat reuocabiliter, non solùm esse illicitam, sed etiam inualidam. Ita Mol. Iurist. *d.c.* 10. *n.* 31. 32 & 47. & Mol. Theol. *disp.* 148. *n.* 1. & 5. Ratio patet ex dictis, & uideri etiam potest apud citatos Doctores.

Dubitatur præterea, vtrum si Episcopi, vel alij Beneficiarij testentur ex facultate Summi Pontificis, & postea illud testamentum reuocent, possint iterum testari absq; noua facultate? Respondent aliqui negatiuè: at contrarium dicendum est, vt jam in simili cum alijs docuimus *sect. præcedenti*, §. 3. *n.* 173. vbi probauimus licentiam testandi concessam monacho non extingui primo actu testandi, sed virtute illius licere, toties quoties libuerit, testamentum facere, & prius factum reuocare. Et hanc sententiam in casu hîc proposito tenent Nauar. *Opusc. de Reditibus*, *q.* 3. *n.* 23. & 24. Mol. Iurist. *supra*, *cap.* 11. *n.* 45 Sanch. *lib.* 2. *Opusc. c.* 2. *dub.* 52. *n.* 2. Aug Barb. *in Collectan. ad cap.* 2. *de Testam n.* 14. & plures alij, quos referunt. Ratio est, quia priuilegium debet intelligi secundùm naturam materiæ, in qua conceditur *l. In contractibus*, §. *finali*, *C. de Non numer pecun* & *l. Si vno*, *ff. Locati*: testamenti autem natura est, vt semper reuocari possit, & rursus toties quoties fieri. Nec obstat talem concessionem esse contra jus commune, & sic odiosam. Nam regula, quod in odiosis simplex concessio intelligitur solùm pro primo actu, *cap. Non potest*, §. 2. *de Præbendis*, *in* 6. *l. Dotis promissio*, *ff. de Iure dotium*, solùm procedit, quando primus actus aliquem habuit effectum: testamentum autem nullum effectum habet, vsque ad obitum testatoris. 382

§. 11. *Vtrum Episcopi, & Beneficiarij Regulares testari possint?*

SVMMARIVM.

E *Piscopi, & Beneficiarij Regulares, licèt sint incapaces dominij, tamen liberam administrationem habent*

bent bonorum, quæ ipsis obueniunt; ita vt quoad talem administrationem à Prælatis suæ Religionis non pendeant. Idque particulatim explicatur, num. 383. *& seqq.*

Regulares habentes beneficium Manuale solummodo bonorum acquisitorum ex ipso beneficio, vel etiam ex propria opera, liberam habent administrationem, juxta veriorem sententiam, num. 385.

Vtrum Episcopi, & Beneficiarij Regulares testari possint de bonis patrimonialibus, aut propriâ industriâ acquisitis? Affirmant aliqui, loquendo de Episcopis Religiosis, numer. 386. *Alij verò meritò negant, n.*387.

*Quousque Summus Pontifex possit, & soleat dispensare cum Episcopis, & Beneficiarijs Regularibus, vt testari possint? num.*388. *remissiuè. Faciliùs Papa dispensat cum Regularibus habentibus beneficium, quàm cum non habentibus, & cur? ibid.*

*Episcopus, vel Beneficiarius Regularis postulans à Pontifice facultatem testandi, quid declarare debeat, vt dispensatio sit legitima? num.*389.

In quos vsus possit Episcopus, & Beneficiarius Regularis testari ex facultate Summi Pontificis? n. 390. *& seq.*

Etiam de bonis patrimonialibus, & quasi patrimonialibus non potest Beneficiarius Regularis disponere, nisi in vsus pios, dict. numer. 390. *Id verò temperatur, num.*391.

*Vtrum Episcopi, & Beneficiarij Regulares prodigè, & superuacuè expendentes teneantur restituere Ecclesiæ, cui acquirunt? num.*392.

383 HActenus sermo fuit de Episcopis, & Beneficiarijs Sæcularibus, seu non Religiosis, qui sunt capaces dominij, illudq; habent non solùm bonorum patrimonialium, & quasi patrimonialium, sed etiam redituum Ecclesiasticorum, seu fructuum proprij beneficij, vt supra visum est. Quare circa Episcopos, & Beneficiarios Religiosos, qui sunt incapaces dominij quorumcunque bonorum, superest specialis difficultas, an possint testari? Pro cujus resolutione præmittendum est, licèt tales Episcopi, & Beneficiarij non sint absoluti à votis substantialibus Religionis, & sic adhuc ligentur voto solemni Paupertatis, ratione cujus sunt incapaces dominij; vt contra nonnullos id de Episcopis negantes, tenet communissima, & verissima Doctorum sententia, quam relatis plurimis tradit Sanch. *tom.* 2. *in Decal lib.*6. *cap.*6. *n.* 8. & Suar. *tom.*4. *de Relig. tract.*8. *lib.*3. *c.* 16. *num.* 4. *& seqq.* attamen tam Episcopi, quàm cæteri Beneficiarij, præsertim habentes beneficium sæculare, habent liberam administrationem bonorum, quæ ipsis siue ex beneficio, siue aliunde obueniunt, ita vt quoad talem administrationem à Prælatis suæ Religionis non pendeant. Ita de Episcopis docent Sanch. *vbi supra, num.*10. 12. *&* 14. *& lib.*7. *c.*32. *n.*62. *&* 63. Mol. *disp.*140. *fine*, Suar. *d.c.* 16. *à n.*12. &cæteri communiter. Quæ resolutio extendenda est, vt etiam procedat in Episcopis titularibus, seu annularibus; ac in ijs, qui Episcopatum dimiserunt; quos omnes pari modo exemptos esse à subjectione respectu Prælatorum suæ Religionis, & cæteris obseruantijs Regularibus, quemadmodum Episcopos, qui habent subditos, docet bene Sanch. *d. lib.*6. *cap.*6. *n.*26. 27. *&* 29.

De alijs Beneficiarijs Regularibus, præsertim habentibus beneficia Sæcularia, 384
hoc ipsum, quod de Episcopis, tradit Sanch. *d. lib.*6. *c.*6. *n.* 14. vbi cum alijs docet, Beneficiarium Regularem tam Episcopũ, quàm non Episcopum, posse tam amplè disponere inter viuos de reditibus sui beneficij, quàm amplè potest licitè Episcopus, aut Beneficiarius Sæcularis: & similiter posse etiam aliunde quæsita expendere, ac de illis disponere, etiamsi ejus generis sint, in quæ monasterium debeat post ejus mortẽ succedere. Atq; id ipsum docet specialiter Nau. *cõment.* 2. *de Reg. n.*6. *fin.* de Beneficiario Regulari habente beneficiũ Manuale, seu amouibile ad nutũ per Prælatos suæ Religionis. Vnde idẽ à fortiori docet alijs in locis, quos refert

Sanch. *supra*, de cæteris Beneficiarijs Regularibus habentibus beneficia perpetua, siue Sæcularia, siue Regularia; cum hi perpetuò separentur à corpore Religionis, & dedicentur, atque vniantur Ecclesiæ, in qua est beneficium, solùmque subordinentur Episcopo, seu Ordinario talis Ecclesiæ, vt tradit Suar. *d. lib.* 3. *cap.* 19. *numer.* 14. qui proinde *num.* 25. *&* 28. asserit hos Beneficiarios conuenire cum Episcopo Regulari in ijs, quæ ad paupertatem spectant, eoquod vndecumque bona acquirant, siue per successionem, siue alio modo, eorum vsum, & administrationem retinent, quanuis cum subordinatione ad suum Episcopum, quemadmodum Episcopus Regularis eandem administrationem habet cum subordinatione ad Papam, vt idem Suar. aduertit, *d. lib.* 3. *cap.* 16. *fine.*

385 Beneficiarios autem Regulares habentes beneficium Manuale, seu pleno jure suæ Religioni subjectum docet Suar. *dict. cap.* 19. *num.* 10. *&* 12. *cum seqq.* habere quidem liberam administrationem bonorum ex beneficio acquisitorum (intellige de beneficio, cujus reditus non sint applicati monasterio per Summum Pontificem, vt idem Suar. declarat *num.* 9.) cætera verò bona eis aliunde obuenientia, neque quoad naturalem possessionem, neque quoad vsumfructum, neque quoad vsum, vel administrationem ab eis retineri posse, nisi quantum ipsis Beneficiarijs fuerit permissum à Prælatis suæ Religionis: quanuis probabile sit excipienda esse ab hac regula ea bona, quæ ipsi Beneficiarij per sua opera acquirût; quod hæc non minus videantur ad eos pertinere, quoad liberam administrationem, quàm fructus beneficij juxta sententiam Bartholi *in l. Sed & si,* 30. *§. Interdum, ff. de Vsufructu,* vbi absolutè docet Beneficiarium monachum per opera sua acquirere suæ Ecclesiæ. Vnde consequens est bona sic acquisita pertinere ad ipsum monachum quoad administrationem. Et hæc Suarij sententia mihi videtur longè probabilior, quàm sententia Nauarri, & Sanch. *locis supra citatis,* quatenus absolutè volunt, etiam hos Beneficiarios habere liberam administrationem tam bonorum acquisitorum ex beneficio, quam aliunde. Addit verò Suar. *d. cap.* 19. *num.* 25. Si Papa concedat, seu confirmet alicui Religioso ad vitam suam beneficium Regulare, etiamsi illud aliàs esset Manuale, seu ad nutum auferibile, nec per talem concessionem ejus natura mutetur, tamen in tali persona accipere perpetuitatem, atque idem de alijs Beneficiario censendum, quod de alijs Beneficiarijs Regularibus habẽtibus beneficia perpetua, vt scilicet tam bonorum ex tali beneficio, quàm aliunde acquisitorum vsum & administrationem habeant independenter à Prælatis suæ Religionis. Quam sententiam dicit communem Canonistarum, & nonnullos pro ea refert. Fundamentum prædictorum vide apud eundem Suar. *citatum.*

His præmissis, ad quæstionem propositam, an dicti Episcopi, & Beneficiarij 386 possint testari? Affirmant nonnulli posse Episcopos Religiosos testari de bonis patrimonialibus, aut propriâ industriâ acquisitis, eo modo, quo id possunt Episcopi Sæculares: Ita sentiunt Hostiens *in cap.* 1. *de Testament. num.* 5. Emmanuel. Rodrig. *tom.* 2. *Summæ, cap.* 70. *num.* 5. vbi ait hanc sententiam esse multorum Doctorum, Sà id indicans *verbo, Episcopus, num.* 11. & alij quos refert Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 6. *cap.* 6. *num.* 10. asserens hanc sententiam esse probabilem eo fundamento, quia licèt hi Prælati ratione voti solemnis Paupertatis, quod retinent, dominium bonorum habere non possint, tamen ad testandum, & disponendum sufficit bonorum administratio, quam illi habent; vnde idem fortè citati Doctores concedunt alijs Beneficiarijs Regularibus, cum patem habeant administrationem.

Contrariam nihilominus sententiam 387 tenent meritò D. Thom. 2. 2. *quæst.* 185. *art.* 8. *ad* 3. Couar. *cap.* 1. *de Testament. num.* 18. *ad finem,* Molin. *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 28. Azor *tom.* 1. *lib.* 12. *cap.* 7. *quæst.* 2. *fine,* Suar. *tom.* 4. *de Relig. tract.*

*tract.*8.*lib.*3.*cap.*16.*num.*30. & alij plurimi, quos citat, & sequitur Sanch. *supra.* Ratio est, quia quidquid Episcopus Religiosus acquirit, siue ex reditibus Episcopatûs, siue aliunde, acquirit suæ Ecclesiæ cum libera administratione, vt constat *ex cap. Vnico*, 18.*quæst.*1. & magis patebit ex dicendis §. *sequenti.* Administratio autem morte finitur, ex qua testamentum incipit valere; & sic non potest disponere post mortem, vt fit per testamentum. Atque eadem est ratio de cæteris Beneficiarijs Religiosis, qui etiam nihil acquirunt, nisi suæ Ecclesiæ, vel suo monasterio, prout *sequenti* §. explicabitur, & latè tractat Sanch. *lib.*7. *in Decal. cap.*32. *à num.*62.

388 Ex dispensatione autem Summi Pontificis legitimè possunt dicti Episcopi, & Beneficiarij Religiosi testari, etiam de reditibus Ecclesiasticis, vt constat ex dictis *sect. præcedenti*, §.3. vbi latè declarauimus, quousque Summus Pontifex possit, & soleat concedere facultatem testandi Religiosis professis. Et quæ ibi de omnibus professis diximus, locum habent in ijs, qui habent Episcopatum, vel aliud beneficium; nisi quod faciliùs cum his, quàm cum non habentibus beneficium dispensatur; cum in illis præter causas, ex quibus Pontifex potest dispensare cum quibusuis professis, detur alia specialis, quoad reditus beneficij; eoquod hi reditus ex sua primæua institutione sunt destinati ad pios vsus: vnde sicut in vita possent in hos vsus expendi à Beneficiario, ita etiam justè concedi potest facultas, vt id fiat in morte per testamentum. Quod bene aduertit Suar. *tom.*3. *de Relig. lib.*8. *cap.*16. *num.*18. *fine.*

389 Nota verò ex Sanch. *supra numer.* 11. quod Episcopus Religiosus postulans à Summo Pontifice facultatem testandi de reditibus beneficij, tenetur explicare duplex impedimentum, vt dispensatio sit legitima: alterum, se esse Religiosum: alterum se esse Episcopum; siquidem hoc duplici impedimento ligatus est. Si autem solùm velit testari de bonis patrimonialibus, vel propriâ industriâ acquisitis, satis est explicare, se esse Religiosum: quia ad testandum de his bonis non obstat status Episcopalis, sed tantùm Religiosus. Vnde pro alijs Beneficiarijs Regularibus, qui non sunt Episcopi, consequenter videtur dicendum, si sint in locis, vbi ex consuetudine possunt Beneficiarij non Episcopi testari de reditibus beneficiorum, satis esse, quod declarent se esse Religiosos, vt dispensatio sit legitima ad testandum, etiam de bonis acquisitis ex beneficio; quia in illis locis solùm ratione status Religiosi impediuntur ne de ejusmodi etiam bonis testari possint.

Nota præterea, quando Pontifex absolutè facultatem concederet Episcopo Regulari ad testandum, intelligi solùm in vsus pios: ita vt etiam de patrimonialibus, & propriâ industriâ acquisitis, non possit virtute illius facultatis testari ad vsus profanos, quia tam acquisita ex Episcopatu, quam aliunde pertinent quoad dominium ad Ecclesiam, & sunt propriè bona Ecclesiastica, quæ suapte natura, & secundùm jus commune, solùm in pios vsus expendi possunt. Vnde ad bona patrimonialia, & quasi patrimonialia, siue per vltimam voluntatem, siue inter viuos expendenda, multò ampliorem facultatem habent Episcopi, & Beneficiarij Sæculares, quàm Regulares, etiam post obtentam facultatem testandi: siquidem Sæculares illa possunt expendere validè, ac licitè in quosuis vsus tam per contractum, quàm per testamentum, vt ex dictis constat: Regulares verò solùm possunt de illis disponere in vsus pios; ita vt si disponant in vsus profanos, talis dispositio non tantum sit illicita, sed etiam inualida: cum talia bona sint propria Ecclesiæ, & solùm quoad administrationem spectent ad ipsos Episcopos, & Beneficiarios Regulares, atque ad ipsum Papam, vt illa piè, ac religiosè expendant: administrator autem neque licitè, neque validè potest disponere vltra terminos suæ administrationis. Ita sentit Suar. *tom.*4. *de Relig. tract.*8. *lib.*3. *cap.*16. *num.*30. Et constat satis ex dictis *sect. præcedenti*, §.3. *ex num.*179. 390

391 Non negamus autem posse Pontificem ex graui causa cōcedere hujusmodi Episcopis, & Beneficiarijs Regularibus, facultatem testandi ad vsus profanos, vt loco proximè citato pro quibusuis Religiosis admisimus. Atque etiam inter viuos possunt ijdem Episcopi, & Beneficiarij moderatas donationes facere ad causas non pias, quin ad hoc egeant dispensatione, vt si donent ad exercendam liberalitatem suo statui accomodatam, vel ad remuneranda beneficia accepta: quia ejusmodi donationes spectant ad congruam sustentationem eorum statui conuenientem, quam illi possunt accipere de reditibus beneficij, & alijs bonis, quæ acquirunt; nam quoad hoc eadem ferè de illis est ratio atque de Episcopis, & Beneficiarijs Sæcularibus, quatenus de reditibus beneficij sustentari possunt, juxta supra dicta §. 3. *ex num.* 344. & consentit Sanch. *lib.6 in Decal.cap.6.num.*14.

392 Si autem quæras, an si dicti Episcopi Regulares prodigè, & superuacuè expendant, teneantur restituere Ecclesiæ, cui acquirunt? Videtur affirmandum cum Sanch. *d. cap.6.num.*13. vbi addit, etiam recipientes teneri restituere reddendo bona ipsis Episcopis tanquam legitimis administratoribus, qui solùm habent liberam administrationem ad vsus honestos. Idem colligitur ex Suar. *dict. cap.* 16.*num.*29. & communi Doctorum, qui asserunt Episcopum Regularem malè expendentem prædicta bona non solùm peccare contra religionem, vel misericordiam, quemadmodum peccant Episcopi Sæculares, qui profanè expendunt reditus Ecclesiasticos, sed etiam contra justitiam, eoquod ea bona respectu illorum sint aliena, & expendantur in malos vsus, inuitâ Ecclesiâ, cujus sunt propria: vnde consequens est, tam expendentes, quàm recipientes teneri restituere. Credit autem Sanch. *dict. num.* 13. probabile esse, quod non tenentur restituere; tum quia Ecclesia, ad scrupulos tollendos id fortè remittit: tum quòd probabile sit, Episcopos habere dominium talium bonorum quoad vinculum restitutionis nō incurrendum: tum denique quòd Less. & Mol. quos ibi refert, doceant Religiosum ejectum à Religione non teneri restituere, quæ in illicitis, & superfluis expendit, nec etiam teneri recipientes ab illo, eademque ratio in eis, & in Beneficiarijs, & Episcopis videatur procedere.

§. 12. *Quinam succedant Clericis, & Episcopis ab intestato?*

SUMMARIUM.

IN bonis patrimonialibus, & quasi patrimonialibus, quæ ab Episcopis, & clericis Sæcularibus relinquuntur, succedunt ab intestato consanguinei, qui secundum jus commune succedere solent personis laicis, num. 393. *Si verò non habeant consanguineos intra decimum gradum, juxta numerationem juris ciuilis, succedit Ecclesia, in qua clericus beneficium habebat: & quomodo id sit intelligendum? n.* 394.

*In omni supellectili cultui diuino destinatâ, quam clericus habebat, succedit Ecclesia, vel locus, in quo ille beneficium habuit, etiamsi cum testamento decesserit, num.*395. *Vtrum id procedat, etiam quoad res sacras, quas Beneficiarius sibi acquisiuit ex bonis patrimonialibus, vel quasi patrimonialibus? nu.*396.*& seqq. Etiam res acquisitas ex reditibus beneficij potest Beneficiarius, tam Episcopus, quàm non Episcopus, alienare in vita sua in alias personas. Et relictæ post mortem possunt vendi ad soluendum creditoribus defuncti, si alia bona libera non suppetant, num.*401.

In bonis cujusque Beneficiarij acquisitis ex beneficio succedit secundum jus cōmune Ecclesia, in qua situm est beneficium. Et quid nomine Ecclesiæ in præsenti intelligatur? numer. 402. *& seq.*

Omnia bona ex beneficio comparata, quæ à Beneficiarijs relinquuntur, & secundum jus antiquum remanerent Ecclesiæ, vbi erat beneficium, pertinent hodie

hodie ad Cameram Apostolicam, nomine spoliorum, aliquibus exceptis, & quænam sint ea, quæ excipiuntur? numer. 404.

In Castella, & alijs Hispaniæ Regnis solummodo receptum est, vt bona ex redditibus Ecclesiasticis acquisita, quæ Episcopi relinquunt, ad Cameram Apostolicam pertineant: non autem quæ ab alijs Beneficiarijs relinquuntur, neque quæ percipiuntur ex Episcopatibus à puncto vacaturæ, vsque ad nouam prouisionem. In Lusitania verò Gallia, Germania, & alijs prouincijs extra Italiam, neque ab Episcopis relicta Cameræ Apostolicæ applicantur, num. 405.

In Lusitania nihil nomine spolij Cameræ Apostolicæ permittitur, præterquam bona Religiosorum Apostatarum, qui decedunt extra clausuram, n. 406.

In Hispania, Gallia, & Lusitania succedunt ab intestato consanguinei, qui sunt legitimi hæredes, in bonis Beneficiariorum, qui non sunt Episcopi neque Religiosi, etiamsi fuerint acquisita ex beneficio, num. 407. *Si autem Beneficiarij sint Episcopi, eorum bona ex beneficio acquisita remanent in Lusitania successoribus in Episcopatu, & in Hispania Cameræ Apostolicæ, numer.* 408.

In aliquibus locis capit Episcopus vnam rem mobilem, quam Luctuosam *appellant, ex bonis Beneficiarij defuncti, quod explicatur, & limitatur, d. num.* 408. *remissiuè.*

Quis succedat in bonis Beneficiariorum Regularium? num. 409. *& seq.*

Quanuis de hæredibus ab intestato alibi ex professo tractandum est; tamen de ipsis, qui clericis, & Episcopis succedunt, agere hoc loco necessarium duxi, quod magnam cum superiori doctrina connexionem habeant, nec possint commodè separari.

393 Hae igitur in re sit prima conclusio. In bonis patrimonialibus, & quasi patrimonialibus, quæ ab Episcopis, & clericis Sæcularibus relinquuntur, succedunt ab intestato consanguinei, qui secundum jus commune succedere solent personis laicis. Hæc ab omnibus recipitur, & constat facilè, quia hæc bona sunt propria ipsorum Beneficiariorum, & neque ex ipsa rei natura, neque ex aliquo jure positiuo habent annexum onus, vt veniant ad Ecclesiam, vel alium successorem specialiter constitutum. Vnde consequens est, seruari in eis debere regulas generales, & ordinarias bonorum liberorum, vt ad proximiores consanguineos, qui sunt legitimi hæredes, ab intestato deuenire debeant.

Si verò Clericus non habeat consanguineos intra decimum gradum, juxta numerationem juris Ciuilis, seu intra quintum gradum, vt numerat jus Canonicum, qui tantùm legitimi sunt hæredes, tunc in prædictis bonis ab intestato relictis, succedit Ecclesia, in qua clericus beneficium habebat, *cap.* 2. 12. *q.* 3. quemadmodum in bonis laicorum succedit in tali casu Fiscus regius, *l.* 1. *Cod. de Bonis vacant. lib.* 10. Ordinat. Lusit. *lib.* 2. *tit.* 26. *§.* 17. Sic August. Barbos. *lib.* 3. *Iur. Eccles. cap.* 17. *num.* 59. Intelligi autem hoc debet, spectato jure antiquo, vt notat Bonac. *tom.* 2. *tract. de Contractib. quæst. vltima, p.* 2. *§.* 1. *sub numer.* 3. *vers. Excipiendus tamen,* ad quod etiam est text. *in l. Siquis presbyter, Cod. de Episcop. & Cleric. & cap.* 1. *de Successionibus ab intestato,* nam hodie ejusmodi bona in casu proposito cedunt Cameræ Apostolicæ, vt ex cōmuni tradit idem Bonac. Quod intellige vbi aliud non fuerit vsu receptum. 394

Illud etiam hîc notandum, omnem supellectilem ad vsum, & cultum diuinū, etiam in priuatis ædibus, & capellis seu oratorijs, destinatam, vt ornamenta, vasa, missalia, libros musicæ, & alias res sacras, etiam auri, & argenti, siue ex testamento, siue ab intestato relictas ab aliquo, qui habuit beneficium Ecclesiasticum in titulum, vel in Commendam, vel aliàs quomodolibet, non transmitti ad illius hæredes, ex quauis facultate testandi 395

di de bonis vndecumque habitis dispo-suerit, neque etiam nomine spolij deuenire ad Cameram Apostolicam, sed omnino spectare ad Ecclesiam, monasterium, vel Capellam, seu locum, in quo defunctus beneficium habuit. Ita expressé decreuit Pius V. in quadam Constitutione edita anno 1567. 3. Kal. Septembr. quam ad verbum refert Nauar. *tract. de Spolijs Clericor.* §. 8. & Azor *tom.* 2. *lib.* 8. *cap.* 3. *q.* 6.

396 Est autem quæstio, vtrum hoc decretum procedat etiam de rebus sacris, quas Beneficiarius sibi acquisiuit ex bonis patrimonialibus, aut quasi patrimonialibus? Respondent affirmatiuè Nauar. *loco proximè citato, num.* 2. *&* 3. Azor *d. cap.* 3. *q.* 7. Filliuc. in Append. *tract.* 43. *cap.* 4. *q.* 3. & Bonac. *tom.* 2. *tract. de Contractib. quæstion. vltim. p.* 3. Fundantur, quia in prædicta Constitutione ponitur illud decretum sub his verbis: ***Quod bona ad cultum diuinum destinata ex testamento, vel ab intestato per Beneficiarios relicta, sub quibusuis facultatibus testandi, & aliàs disponendi de bonis ex altari, vel aliàs quomodolibet acquisitis, per quoscumque Romanos Pontifices concessis, & concedendis, minimè comprehendantur, nec sub nomine spoliorum veniant, sed omnino spectent ad singulas Ecclesias, monasteria, &c.*** Vnde cum fiat mentio bonorum, ***ex altari, vel aliàs quomodolibet acquisitorum***, videtur Pontifex statuere, quòd vndecumque illæ res fuerint acquisitæ, spectare debeant ad Ecclesiam, vel locum, in quo defunctus beneficium habuit.

397 At hæc sententia mihi probari non potest; quoad res acquisitas ex bonis patrimonialibus, aut quasi patrimonialibus, nisi sint acquisitæ per Beneficiarios Regulares: de acquisitis enim per Beneficiarios Sæculares oppositum planè colligitur ex citatis verbis. Nam dum Pontifex eo loco statuit, quòd illa bona non censeantur comprehensa sub quibusuis facultatibus testandi per Romanos Pontifices concessis, planè ostendit, se loqui de bonis, de quibus Beneficiarij non possunt testari absque facultate Summi Pontificis: certum est autem solos Beneficiarios Regulares indigere ejusmodi facultate ad testandum, etiam de acquisitis ex bonis patrimonialibus; non ita verò Beneficiarios Sæculares, vt satis ex superioribus constat.

Nec dicas quod de rebus ad diuinum cultum destinatis, quamuis ex bonis liberis, & patrimonialibus sint comparatæ, neque personæ Sæculares possunt testari absque facultate Summi Pontificis, eoquod res sacræ sub nullius dominio sint constitutæ, §. *Nullius, Inst. de Rerum diuisione.* Hoc, inquam, non dicas: nam cū dicitur res sacras sub nullius hominis esse dominio, intelligi debet de rebus Ecclesiæ donatis, quę Deo ad sacrum ministerium dicatæ, & consecratæ sunt; non autem de quibusdam rebus sacris, quas personæ particulares sibi comparant ad suū particularem vsum, vel vt in suis priuatis ædibus, & Oratorijs inseruiant. Hæ namque in bonis talium personarum computari solent: vnde licitè, ac legitimè ab eis vendi possunt quoad materiam, & artificium, darique in solutum à creditoribus, qui sunt effectus proprij dominij. Nec vlli dubium est, quod quando per laicos sunt comparatæ transmitti possunt ad illorum hæredes tam ex testamento, quàm ab intestato. Eadem autem est ratio, quando per Beneficiarios fuerunt emptæ ex bonis patrimonialibus, vt ipse Nauarrus, spectato jure antiquo fatetur, dicens *loco supra citato*, quod secundum jus antiquius dictā Constitutione Pij V. res sacræ emptæ per Beneficiarios ex bonis patrimonialibus, & seruatę in eorum domibus, inter quasi patrimonialia numerari poterant, cum etiam laici talia soleant habere, & in hæredes transmittere. 398

Considero pręterea in eandem sententiam, quòd Pius V. in præfatione dictæ Constitutionis præmittit, ***Beneficiarios proprij honoris, & salutis immemores, etiam prætextu facultatum testandi per Sedem Apostolicam concessarum, in eorum vltimis voluntatibus, res sacras, ac vasa, ornamenta, &c. quandoque ex*** 399

fruc-

fructibus Ecclesiasticis per eos acquisita, non Ecclesijs, à quibus prouentus acceperunt, sed alijs locis, etiam non pijs, ac interdum eorum consanguineis, & affinibus: seq; præsenti Constitutione periculo animarum ipsorum relinquentium, ac prædictarum Ecclesiarum detrimento velle occurrere. Si autem verum est, quòd Nauarrus *loco citato* fatetur, & nemo (credo) diffitebitur, videlicet res illas, quando emptæ erant per Beneficiarios ex bonis patrimonialibus, censeri ante hanc Constitutionem patrimoniales, ipsosque Beneficiarios illas posse transmittere ad suos hæredes, planum fit eas non comprehendi in dispositione præfatæ Constitutionis; cum ex eo quòd Beneficiarij illas relinquerent suis hæredibus, illorum animæ non periclitarentur, nec considerabile esset detrimentum Ecclesiarum, quibus nihil debitum subtraheretur. Adde, Pontificem in præfatis verbis satis apertè significare rationem, qua motus fuit ad constituendum, quod res illæ remanerent Ecclesijs, & locis, in quibus relinquentes habuerunt beneficium, fuisse, quod æquitati consentaneum erat, vt eò res illæ reuerterentur, vnde percepti erãt fructus ex quibus fuerant acquisitæ. Quæ ratio non quadrat in res, quæ ex bonis patrimonialibus comparatæ sunt.

400 Est etiam optimum argumentum in hanc rem, quòd à jure antiquo recedendum non est, nisi quatenus jure nouo exprimitur, *l. Præcipimus, Cod. de Appellation.* At jus nouum dictæ Constitutionis non exprimit, quòd deueniant ad Ecclesias, loca ve beneficiorum, vllæ res Beneficiariorum ex patrimonialibus acquisitæ: ergo cum jure antiquo omnes ejusmodi res, quantumuis sacræ, sint transmissibiles ad hæredes ipsorum Beneficiariorum, vt Nauar. admittit, & satis constat ex generalitate text. *in cap. 1. de Success. ab intestato, & in l. Siquis presbyter, C. de Episcop. & Cleric.* fatendum est, nullas res hujusmodi comprehendi decreto dictæ Constitutionis Pij V. Nec obstat, quòd in illa Constitutione reperiatur vnum, vel alterum verbum, quo videtur innui, Pontificem loqui de omnibus omnino rebus sacris, etiam aliunde, quàm ex altari, seu beneficio acquisitis. Nam hic valet pulchrum illud effatum, Quod Princeps non censetur vno verbo velle totam juris obseruationem euerti, *cap. Ecclesia vestra, 2. de electione, l. Siquando, Cod. de Inoffic. testam. Gloss. in cap. Causam quæ, verbo, Fuerat inserenda, de Rescriptis.*

Quidquid tamen sit spectato rigore prædictæ Constitutionis, in vnaquaque prouincia spectanda est praxis, & consuetudo ibi recepta, illique standum; tum quia praxis est optima legum interpres; tum maximè, quia ipsa per se vim legis habere potest. Et quidem in hoc Regno satis constat, non solere ab Ecclesijs vendicari vllas res sacras relictas à Beneficiarijs Sæcularibus non Episcopis, sed trãsmitti ad eorum hæredes. Quid autem praxis habeat quoad relictas ab Episcopis, exploratum non habeo. Illud verò maximè notandum, quòd etiam vbi prædicta Constitutio obseruatur, possunt Beneficiarij tam Episcopi, quàm non Episcopi, res illas in vita alienare, & trãsferre in alias personas, etiamsi fuerint comparatę ex reditibus beneficiorum; nec quæ irreuocabiliter fuerunt alienatæ deueniunt ad Ecclesias per eorum mortem, cum dicta Constitutio solùm loquatur de rebus, quæ per obitum Beneficiariorum fuerunt relictæ ex testamento, vel ab intestato. Item, quod etiam, quæ per mortem relictæ sunt, possunt vendi ad soluendum creditoribus Beneficiarij defuncti, si non suppetant alia bona libera, ex quibus eis possit satisfieri, tradit Emman. Rodrig. *tom. 2. Summæ, cap. 32. num. 4. &* Bonac. *tract. de Contract. lib. q. vlt. punc. 3. num. 7.* vbi testatur ita fuisse decisum in Rota. 401

Secunda conclusio. Secundùm jus cõmune in bonis cujusque Beneficiarij comparatis ex reditibus beneficij succedit Ecclesia, in qua ipsum beneficium situm est: *cap. Illud, cum similibus, 12. q. 2. cap. Placuit, 12. q. 3. cap. finali, de Peculio Clericorum, cap. 1. cap. Relatum, 2. cap. Cum in* 402

in officijs, de Testam. Cum autem dicitur succedere Ecclesia, intelligitur hac ratione: Si Beneficiarius erat Canonicus, seu habens beneficium in Ecclesia Collegiata, de cujus mẽsa percipiebat reditus beneficij, nomine Ecclesiæ, intelligitur ipsum Collegium, seu Conuentus talis Ecclesiæ, suntque illa bona diuidenda inter Canonicos, seu Beneficiarios illius Collegij, vt habetur *in d. cap. Relatum*, & nõtat Mol. *disp.* 147. *num.* 7. & August. Barbos. *lib.* 3. *Iur. Eccles. cap.* 27. *num.* 60. Addit verò Mol. hoc intelligi quoad bona, quæ Beneficiarius percepit ex communi mensa illius Ecclesiæ, non verò quoad reditus, si quos perceperat ex aliquo alio beneficio suæ dignitati annexo hos enim pertinere ad successorem in tali dignitate. Et ita loquendo de bonis Archidiaconi docet Gloss. *in d. cap. Relatum, verbo, Vnus est.*

403 Si autem Beneficiarius non pertinebat ad aliquod Collegium, seu communitatem tanquam pars illius, de cujus mensa reditus perciperet, sed habebat beneficium in aliqua Ecclesia, vel Capella, percipiendo immediatè reditus ex juribus, & bonis immobilibus illius, vt si erat Abbas, aut Prior Ecclesiæ non Collegiatæ, vel Episcopus, tunc nomine Ecclesiæ intelligitur successor in tali beneficio, & ille succedit in prædictis bonis defuncti, vt habetur *in d. cap. Relatum, 2. de Testam.* & docent Mol. *supra, num.* 8. & August. Barbos. *d. num.* 60. Quod si Beneficiarius in diuersis Ecclesijs beneficia habebat, diuidenda sunt prædicta bona ab eo relicta inter illas Ecclesias, seu inter eos, ad quos juxta supradicta spectant reditus talium beneficiorum, vt constat ex eodem *cap. Relatum, §. vltim. & cap. Quia sæpe, de electione, in 6.* traditque, Mol. *supra*, & Aug. Barbos. proximè citatus, *num.* 59.

404 Tertia conclusio. Jure nouo multorum Pontificum, quorum Constitutiones affert Nauar. *tract. de Spolijs Clericor. à §.* 5. constitutum est, vt prædicta bona, in quibus, secundùm antiqua jura præcedenti conclusione relata, Ecclesia erat successura, pertineant ad Cameram Apostolicam nomine spoliorum, exceptis ornamentis, vasis, & cæteris rebus ad cultũ diuinum destinatis, de quibus *supra, numer.* 395. loquuti sumus: item exceptis scamnis, cathedris, arcis, tabulis, mensis, tum ligneis, tum lapideis, dolijs, & reliquâ vulgari domus supellectili, quæ Pius. V. voluit vt in ipsa domo defuncti Beneficiarij relinquerentur. Excepit etiam idem Pontifex bona relicta à Beneficiario, cujus beneficium non excederet triginta ducatos auri de Camera in singulos annos. Cætera verò bona ex reditibus Ecclesiasticis acquisita, quæ à Beneficiarijs relinquuntur, Cameræ Apostolicæ sunt applicata, ejusque nomine à Collectoribus exiguntur, & vendicantur. Et ita in Italia vsu receptum est, quando ex peculiari facultate Sedis Apostolicæ concessum alicui non est testari de ejusmodi bonis: & præterquam in beneficijs simplicibus, vbi consuetudine præscripta, ac vigente cõsueuerunt Beneficiarij de illorum reditibus testari, vt juxta Extrauagantes Pij V. & Gregor. XIII. hac de re tradit Mol. *supra num.* 12.

In alijs autem Regnis, & prouincijs extra Italiam multùm dictis Pontificum Constitutionibus, & spoliorum vsui, consuetudine & Principum resistentiâ, derogatum est. Enimuerò in Castella, & alijs Hispaniæ Regnis solùm quoad Episcopos receptum est, vt bona ex reditibus Ecclesiasticis acquisita, quæ remanent post eorum mortem, pertineant ad Cameram Apostolicam: non autem, quæ alij Beneficiarij ex reditibus suorũ beneficiorum relinquunt, neque quæ percipiuntur ex Episcopatibus à puncto vacaturæ, vsque ad nouam prouisionem. In Lusitania verò, Gallia, Germania, & alijs prouincijs neque Episcoporum, neque aliorum Beneficiariorum spolia Cameræ Apostolicæ applicantur, Mol. *d. disp.* 147. *num.* 12. post Nauar. *d. tract. de Spol. Cleric. §.* 9. *&* 14. 405

Speciarim verò quoad Lusitaniam hoc tradit, & latè defendit Gabr. Pereira, *decis.* 95. *per totam*, vbi soluit fundamenta, 406

quæ

quæ in contrarium fuerant proposita pro parte Collectoris generalis, qui bona cujusdam Beneficiarij ab intestato relicta occupauerat, tanquam ad Cameram Apostolicam spectantia: atque in fine illius decisionis affert Rescriptum regium, quo Rex intimari jussit Collectori Apostolico, nunquam in hoc Regno Lusitaniæ fuisse vsum spoliorum, neque quoad bona Episcoporum, neque clericorum, etiam per negoriationem acquisita, & quòd in hac possessione est à tempore immemoriali; quamobrem se nihil contra hanc possessionem permissurum, & solùm quoad bona Religiosorum Apostatarum, qui decedunt extra clausuram, quanuis de his etiam res dubio non careat, permitti ipsi Collectori, vt possit ea postulare in judicio, & prosequi jus, quòd pro parte Cameræ Apostolicæ prætenditur. Et juxta hoc Rescriptum, aliaque fundamenta, sententia fuit lata, & confirmata aduersus Collectorem.

407 Quarta conclusio. In Hispania, Gallia, & Lusitania ex antiqua horum Regnorũ consuetudine, in bonis Beneficiariorum, qui Episcopi non sunt, neque Religiosi, etiamsi ex reditibus beneficiorum fuerint acquisita, succedunt ab intestato consanguinei, qui sunt legitimi hæredes. Testes pro Hispania sunt Mol. Jurista, *lib.* 2. *de Primog. cap.* 10. *n.* 54. Sanch. *tom.* 1. *Opusc. lib.* 2. *cap.* 2. & Petr. Barbos. *in l. Diuortio*, 8. 2. *p. in princ. num.* 60. & alij, quos referunt, idemq; affirmant Doctores infra referendi, & ita jubetur seruari. *l.* 13. *tit.* 8. *lib.* 5. *Ordin.* Pro Gallia, Hispania, & multis alijs prouinciis Couar. *cap. Cum in officijs, num.* 9. *de Testam.* Pro Lusitania Mol. Theol. *disp.* 147. *n.* 15. qui in confirmationem adducit Constitutiones plurium Episcopatuum, in quibus tamen nonnulla est varietas, Emman. Barbos. *in Rem iss. ad Ordin. Reg. loco statim citando*, & Gabr. Pereira, *d. decis.* 95. *num.* 21. qui etiam id testatur de consuetudine Galliæ, & Hispaniæ: idemque approbatur *lib.* 2. *Ordin. Lusit. tit.* 18. *§.* 7. Nec hodie dubium est, talem consuetudinem licitè obseruari, quanuis eam reprobet Vasc. *consult.* 165. *num.* 11. cum Nauar. & Constitutione Archiepiscopatus Vlyssipponensis, quam refert. Si autem succedentes ab intestato in bonis, quæ Beneficiarij acquisierant ex reditibus Ecclesiasticis, diuites sint, ita ut eis ad suam competentem sustentationem non indigeant, tenentur ea omnia, aut quatenus eis non indigent, expendere in vsus pios, vt admonet Sanch. *d. dub.* 54. *num.* 5. & à nobis probatum est *supra*, §. 8. *n.* 341. *& §.* 9. *in fine.*

Dixi in conclusione, *Beneficiariorum, qui non sunt Episcopi, nec Regulares*, quia in bonis Episcoporum acquisitis ex beneficio, non procedit dicta consuetudo, saltem in Hispania, & Lusitania; cùm in Hispania quoad talia bona vigeant Constitutiones Pontificum, quibus Cameræ Apostolicæ sunt applicata, vt supra dictum est: & in Lusitania remanent Ecclesiæ, seu successori in Episcopatu, vt constat ex praxi, & notat Petr. Barbosa *in dict. l. Diuortio*, 2. *part. in princip. numer.* 66. *ff. Solut. Matrimon.* & Gam. *decis.* 313. *à num.* 3. In bonis etiam relictis à Beneficiario Regulari succedunt ejus consanguinei, vt ex sequenti conclusione constabit. Illud etiam hìc notandum; in aliquibus locis, ac speciatim in Lusitania, positum esse in more, vt ex rebus mobilibus, aut se mouentibus, quæ remanent per mortem aliquorum Beneficiariorum, sumat sibi Episcopus vnam, quam maluerit, vt, verbi gratiâ, mulam, aut mancipium Beneficiarij: quam rem in hoc Regno, *Luctuosam* vocant. Hac de re agit Nauar. *tract. de Spol. cleric.* §. 16. Molina, *dict. disputat.* 147. *numer.* 17. *& seqq.* & August. Barbosa, *lib.* 3. *Iur. Eccles. cap.* 17. *numer.* 70. Qui nonnullas limitationes, & explicationes adhibent, non admodum tamen necessarias cùm hac in re, sicut in similibus, locorum consuetudini standum sit, quæ semper ante omnia consulenda est. 408

Quinta conclusio. In bonis acquisitis per Beneficiarios Religiosos degentes extra claustra, siue ex beneficio, siue aliunde 409

unde illa acquisierint, succedit hodie per illorum mortem Camera Apostolica, nisi ex Pontificis facultate, de illis testati sint: vbi autem id receptum non est, succedit regulariter Ecclesia, in qua habebant beneficium. Prima pars conclusionis constat ex quadam constitutione Gregor. XIII. quę incipit, *Officij nostri*, & refertur à Mol. *disp.* 147. *num.* 11. & Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 32. *num.* 61. in qua Pontifex generaliter statuit, vt omnia bona, quæ remanent per mortem Religiosorum degentium extra claustra, siue illa acquisierint ex beneficio Ecclesiastico, siue aliunde, ad Cameram Apostolicam pertinerent tanquam spolia. Notat verò Sanch. *supra*, hoc intelligi, quando Religiosus decedit extra Monasterium, cum Pontifex clarè loquatur de successione post mortē Religiosi extra monasterium degentis: idemq; indicat Mol. *supra, num.* 12 *fine.*

410 Alia pars conclusionis, quòd scilicet Ecclesia succedat regulariter in bonis Beneficiarij Religiosi, vbi receptum non est, quòd succedat Camera Apostolica, constat facilè ex dictis à Sanch. *d. cap.* 32. *num.* 62. 63. *&* 76. vbi, multis relatis Doctoribus, probat omnia bona acquisita ab Episcopo Regulari, & quouis alio Beneficiario Religioso, qui ratione beneficij omnino eximeretur ab obedientia Abbatis, pertinere secundùm jus commune ad Ecclesiam, in qua beneficium habebat, siue ea bona essent acquisita ex beneficio, siue aliunde; idemq; re ipsa docet Suar. *tom.* 4. *de Relig. tract.* 8. *lib.* 3. *c.* 16. *n.* 13. *& seqq.* vbi id tradit de bonis per Episcopum Regularem acquisitis (pro quibus est text. *in cap. vnico*, 18. *q.* 1. *& cap. Cum olim, de Priuilegijs*, vbi Gloss. & alij Doctores) *& c.* 19. *n* 7. *& seqq.* vbi hoc ipsum docet de bonis acquisitis per alios Beneficiarios Religiosos, ponendo tantùm limitationem in bonis acquisitis aliunde, quàm ex beneficio, vel propriâ operâ, per Beneficiarios Regulares habentes beneficium suæ Religioni pleno jure subjectum: quod hi non sint exempti à subjectione respectu Prælatorū Religionis, quasi membra ab ea separata, nisi tantùm quoad ea, quæ spectant ad regimen, & administrationem suæ Ecclesiæ: vnde consequens est, vt solùm propriæ Ecclesiæ acquirant bona, quæ ex ejus reditibus percipiunt, atq; etiam juxta probabilem sententiam, quæ acquirunt propriâ operâ, cum sint fructus personæ illi Ecclesiæ instar serui addictæ: cætera verò bona acquirunt monasterio. Quæ est etiam sententia Sanch. *supra, n.* 76. *fine*: & ideo in conclusione apposui particulam, *regulariter*, vt locum huic limitationi relinquerem; quam tamen aliqui rejiciunt, vt Nauar. & alij apud Sanch. *d. c.* 32. *num.* 71.

In quibus autem locis non sit receptū, 411
vt Camera Apostolica succedat in prædictis bonis, quæ per Regulares fuerunt acquisita? satis exploratum non habeo, nec id constabat Molinæ, qui *d. disp.* 147. *num.* 12. *fine*, asserit, quanuis Constitutio, Gregor. XIII. dum omnia bona Religiosorum extra claustra decedentium Cameræ Apostolicæ appl icuit, videatur loqui vniuersim de Religiosis quorumcūq; Regnorum, attamen se nescire, an id extra Italiam sit vsu receptum: quare vbi casus occurrerit, vsum & consuetudinem loci requirenda esse. In hoc autem Lusitaniæ Regno solùm videtur admissum, vel permissum, vt Camera Apostolica succedat in bonis Religiosorum Apostatarum extra clausuram decedentium, vt colligitur ex Rescripto regio, cujus supra meminimus ante 4. conclusionem, *numer.* 406.

(:)

DISPUTA-

DISPUTATIO II.

Quomodo, & cum quibus solemnitatibus faciendum sit testamentum?

SECTIO I.

Quàm voluntariè debeat fieri testamentum vt validum sit?

SVMMARIVM.

VT testamentum sit validum debet fieri deliberatè, idest, cum sufficienti aduertentia rationis: neque sufficit semiplena aliqua deliberatio, num. 2.

Requiritur etiam ad valorem testamenti, vt non fiat ex errore tollente voluntarium circa institutionem hæredis: id verò non tollit, quominus valeant legata in tali testamento relicta, numer. 3.

Vtrum ad valorem testamenti requiratur, vt fiat spontaneè, & non per vim, aut metum cadentem in virum constantem? Prima sententia affirmat, num. 4. Secunda, & verior negat, numer. 5.

Qui in suum commodum coegit, aut prohibuit alium facere, aut mutare testamentum, priuatur tanquam indignus quibusuis bonis sibi in tali testamento relictis, eaque bona Fisco adjudicantur, num. 6.

Si filius patrem testari volentem impediuit, priuatur tanquam indignus omnibus bonis patris, etiam legitimâ, quæ aliàs ei erat debita; atque ipsa etiam legitima Fisco applicanda est, numer. 7.

Qui vi, aut metu, vel per fraudem impediuit alium, ne bona sua relinqueret quibus volebat, tenetur eis restituere, num. 8. Estque id verum, siue ea vis, aut metus fuerit grauis, siue leuis, vt quando quis impediuit per preces importunas, vel per metum reuerentialem: secùs verò est de eo, qui blanditijs testatorem allexit, vt sibi potiùs quàm alteri relinqueret, num 9.

Quando testatorem quis coegit, vt aliquem tertium institueret, à quonam ex his duobus restituendum sit ei, quem testator instituere volebat? & vtrum hæreditas auferenda sit ab illo tertio, & applicanda Fisco? num. 10.

Qui testatorem coegit, ne bona alteri relinqueret, solùm tenetur illi alteri restituere, quanti ea bona æstimabantur prout erant in spe, num. 11.

Si post testamentum factum coactè, potuit testator liberè illud mutare, vel aliud de nouo facere, nec tamen fecit: non tenetur coactor quidquam restituere, nec in foro externo aufertur hæreditas ab instituto in tali testamento, num. 12.

Si is, in cujus damnum prohibuisti, ne aliquis testamentum faceret, in foro externo probet, quòd testator ei volebat relinquere, & tu eum impediuisti, cogendus eris ei soluere in duplum. Et quid, si non habeas, unde illi sol-

soluas? num. 13.

1 CUM superiori disputatione egerimus de personis, quæ testamentum facere possunt, aut nó possunt, sequitur, vt juxta methodū à Iurisconsulto *in l. Si quæramus, 4. ff. de Testam.* præscriptam, dicamus in præsenti de solemnitatibus, quæ pro testamento ritè conficiendo postulantur, ac necessaria sunt. Cæterùm quia post testandi facultatem interuenire debet actualis voluntas testandi, antequam ad confectionem testamenti accedatur, explicandum ante omnia est, qualis & quanta ejusmodi voluntas esse debeat, vt testamentum ex ea profectum sit validū, & firmum?

2 Hac igitur in re illud inprimis cōstat, ac verissimum est, necessarium omnino esse ad valorem testamenti, quòd fiat ex voluntate deliberata, idest, conceptâ cū sufficienti aduertentia, & vsu rationis, ad liberè, & humano more operandum. Quamobrem nec pueri ante vsum rationis, neque phrenetici, neq; vlli alij, qui carent vsu liberi arbitrij, testari possunt, vt in specie tradidimus *disp. præcedenti, sect. 1. §. 1. & 2.* Ratio est manifesta, quia testamentum est quidam actus humanus producens morales effectus: sine actuali autem deliberatione, & vsu liberi arbitrij, actus humanus non est, sed potiùs brutalis, & merè naturalis, qui effectus morales habere non potest. Quin etiam non sufficit quælibet voluntatis deliberatio, sed requiritur plena, & perfecta, qualis sufficeret ad peccandum mortaliter, vt benè aduertit Molin. *disp. 135. num. 3.* Hæc enim in quolibet graui negotio requiritur, & sufficit, vt in contractibus, quemadmodum cum communi sententia tradidimus *in nostro tract. de Contractibus in genere disp. 3. sect. 1.* Quid autem præsumendum sit in dubio, an testator habuerit sanam mentem, & sufficientem deliberationem, quando testamentum condidit? diximus satis *disp. præcedenti sect. 1. §. 2. à num. 7.*

Constat præterea requiri similiter ad valorem testamenti, quòd non fiat ex errore tollente voluntarium circa institutionem: vt cùm quis testaretur, instituendo Petrum hæredem, quia putabat eum esse suum filium, vel consanguineum, cum reuera non esset. Tunc enim, cùm non subsistat causa motiua, seu finalis, ob quā illum instituit, ipsa etiam voluntas eum instituendi non subsistit; siquidem non intendit illum facere hæredem, nisi ex suppositione, quòd esset ejus filius, aut consanguineus; ac proinde ex defectu voluntarij illa institutio est nulla, & consequenter ipsum testamentum. Qua de re fusiùs, & explicatiùs *disp. sequenti, sect. 7.* agendum est. Illud verò hìc non omittam, tale testamentum solùm esse irritum quoad institutionem: nam quando institutio ob falsam causam vitiatur, nō propterea vitiantur legata in eodem testamēto contenta, vt constat *ex l. vlt. ff. de Hæred. instit.*

Difficultas verò est, an etiam ad valorem testamenti requiratur voluntas libera à coactione per uim, aut metum? Qua in re multi sentiunt, testamentum factum per vim, aut metum grauem, seu cadentem in virum constantem, esse nullum. Ita ex antiquioribus Baldus, Matthæus de Afflictis, Socin. Imola, Hostiens. Decius, & plures alij. quos refert Padilla *in l. Interpositas, Cod. de Transact.* & ex Recentioribus Menchaca *de Success. creat. lib. 2. §. 17. requisito 22. num. 5.* dicens hanc sententiam verissimam, licèt opposita sit communis, Nauar. *in Manuali prælud. 6. num. 7.* & Molina, *dict. disput. 135. numer. 2. & 5.* Nituntur, quia *l. 2. Cod. Siquis aliquem testari prohibuerit,* & quibusdam alijs textibus id videtur significari. Atque eam rationem adducit Molina, *dict. numer. 2.* Quia quæ gratuitò dantur, siue inter viuos, siue per vltimam voluntatem, requirunt ex parte dantis perfectum voluntarium, ad hoc vt recipiens eorum dominium acquirat; siquidem ad ea acquirenda, & retinenda, nullum habet titulum præter dantis voluntatem, quæ proinde plena, & perfecta esse 3

esse debet: quòd autem vi, aut metu extorquetur, non datur cum pleno voluntario, sed cum involuntario misto, & potiùs ab inuito,quàm à volente proficiscitur: & consequenter testamentum vi, aut metu conditum nihil valet, nullumq; honorato præbet titulum ad bona ita sibi relicta comparanda.

5 Opposita nihilominus, & verior sententia est, vim, & metum, quantumuis grauem, non tollere,quominus testamentum ex eo factum mero jure valeat. Hanc tenet Padilla *loco supra citat.* cum Gloss. *in l. 2. ff. Siquis aliquem testari prohibuerit*, Barth. *in l. fin. num.* 11. *vers. Secundum tempus,ff. Qui vt indigni.* & pluribus alijs, quos refert; tenet etiam Menoch. *de Arbitr. judic. lib. 2. centur. 4. casu 395. num. 7.* vbi hanc sententiam dicit communem, & Emman. Barbos. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib. 4. tit* 84. *in princip. num. 2.* vbi alios refert. Probatur facilè; quia in primis ejusmodi testamentum non est irritum jure naturæ: nam si hac ratione esset irritum, vel tale esset ratione inuoluntarij, vel ratione injutiæ factæ testatori: vel ratione vtriusque, nihil enim aliud apparet: non ratione inuoluntarij; quia inuoluntarium, quòd vi aut metu causatur, est tantùm secundùm quid, & non tollit voluntarium simpliciter, & sufficiens ad valorem actûs, vt patet in actibus, qui fiunt ex metu justè incusso, qui ex omnium sententia non desinunt esse validi ob talem coactionem: non ratione injuriæ, nam hæc etiam per metum leuem infertur, & tamen apud ferè omnes constat, actus ex tali metu factos non euadere ex eo capite irritos: non denique ratione vtriusque quia inuoluntarium, & injuria, sunt rationes valde diuersæ, quæ non possunt integrare vnam totalem fortiorem, vt bene aduertit Soar. *lib. 1. de Voto cap. 7. num.* 17.

6 Non est etiam tale testamentum irritum jure positiuo: quia nulla est lex, quæ talem nullitatem inducat: textus enim, quos Aduersarij pro se allegant, id reuera non continét, vt eos expendenti constabit. Imò verò multæ sunt leges, quæ planè supponunt tale testamentum esse validum: nam *toto fermè tit. ff. & Cod. Siquis aliquem testari prohibuerit, & lib. 4. Ordination. Lusitan. titul.* 84 habetur, vt quando aliquis in suum commodum coegit, aut prohibuit, alium facere, aut mutare testamentum, priuetur tanquam indignus quibusuis bonis sibi in tali testamento relictis, eaque bona Fisco adjudicentur: vbi satis indicatur testamentum coactum esse validum: alioqui deuoluerentur ea bona ad hæredes ab intestato, & non applicarentur Fisco. Igitur siue jus naturale, siue positiuum spectes, nullo ex capite euadit irritum testamentum, ex eoquòd vi, aut metu conditum sit. Neque fundamenta, quibus Aduersarij nituntur, vllam vim habent, vt ex dictis constat.

Porrò circa successionem in bona defuncti, qui fuit coactus, aut prohibitus testamentum facere, vel mutare, plures casus distinguuntur, qui videri possunt apud Menoch. *dict. casu 395. per tot.* Illud autem hîc non omittam, quod tradit Molin. *dict. disputat.* 135. *fine*, si filius pattem testari volentem impedierit, priuari omnino tanquam indignum cunctis bonis patris, etiam legitimâ, quæ aliàs illi erat necessariò obuentura. Hæc resolutio sumitur ex generalitate, *l. 2. Cod. Siquis aliquem testari prohib.* & traditur ibidem à Glossa. Vnde in hoc casu etiam legitima talis filij Fisco applicanda est, vt aduertit Molina *supra.* 7

Addendum prætetea, qui aliquem vi, aut metu coegit, vel per fraudem impediuit, ne bona sua relinqueret, quibus volebat, teneri eis restituere, vt bene aduertunt Menoch. *supra, numer.* 10. *&* 27. & Molina, *dict. disputat.* 135. *numer. 5. & 6.* Quòd patet ex generali ratione, quia si Petrus mihi velit aliquid relinquere aut donare, injuriam mihi facies, si eum per vim, metum, aut fraudem impedieris, ne id mihi relinquat, aut donet: nam licèt non habeam jus ad tale bonũ à Petro obtinendũ, attamen jus habeo, ne per vim, aut fraudẽ illũ deterre- 8

as, ne illud mihi præstet: & ita si hoc modo fueris causa, ne tale bonũ consequar, per injuriam me priuas eo emolumento: & consequenter teneris mihi restituere, quanti mea intererat. Quo argumento concors omnium sententia est, si per vim, aut fraudem deterreas aliquem, ne largiatur eleemosynam certo pauperi, cui eã volebat erogare, teneri te illam, seu ejus interesse, illi pauperi restituere. Quam veritatem latiùs, & per altiora fundamenta explicaui *in tract. de Restitutione bonorum externorum c.2. sect.4.*

9 Vnde notabis primò, hanc doctrinam esse veram, siue vis, aut metus, quo testator fuit impeditus aut coactus, ne mihi aliquid relinqueret, fuisset grauis, & cadens in virum constantem, siue leuis: nã qualiscumque fuerit, continet injuriam, per quam coactor me priuauit eo emolumento. Idcirco si per preces importunas testatorem cogisti, ne mihi relinqueret, quòd aliàs relinquere volebat, esto tales preces metum grauem non inferant, tamen non deobligaris à prædicta restitutione mihi faciendâ, vt bene obseruauit Molina, *dict. num.6.* Et idem est de timore reuerentiali, vt si vxor ex timore reuerentiali mariti ei aliquid reliquit, quòd alioqui relinquere volebat alicui suo consanguineo, tenetur pari ratione maritus illi consanguineo restituere, si sciat, aut meritò præsumat vxorem id sibi reliquisse ex prædicto timore; vt quia vultu, aut alia ratione vxori significauit, se ægrè laturum, si alium sibi præferret, vel non est passus eam in scriptis, & clam se testari. Sic idem Molina *supra, num.7.* secus autem dicendum, si blanditijs eam allexerit, vt sibi potiùs relinqueret *l. vlt. ff. & Cod. Siquis aliquem testari prohib. & Ordin. Lusit. lib.4. tit. 84. §.4.* blanditiæ enim non minuunt, sed augent voluntarium, nec vllam continent injuriam. Caueat tamen maritus, ne blanditiæ sint fraudulentæ, eisue intermisceat minas, etiam tacitè; nam tunc minimè à restitutione excusabitur vide Menoch. *d. cas.395. num.41.* & Emman. Barbos. *ad citat. locum Ord. Lusit.*

10 Notabis secundò, non solùm teneri restituere, qui cogit testatorem, vt se hæredem institueret, sed etiam, qui cogit, vt institueret alium tertium. Ratio patet, quia etiam quando incommodum alterius per vim, aut metum, etiam leuem, cogis volentem mihi benefacere, ne talem voluntatem exequatur, mihi facis injuriam, & per eam me priuas tali beneficio; proindeque teneris mihi restituere. Videtur autem in hoc casu, si bona, quæ defunctus mihi volebat relinquere, deuenerunt ad illum tertium, in cujus fauorem defunctum cogisti, teneri primo loco ipsum tertium mihi restituere ex traditis in simili à Sanch. *lib.4. de Matrim. disp.9. num.6.* Si autem efficere nequeas, vt ille mihi restituat, tunc debere te in ejus defectum restituere, juxta communes regulas in materia Restitutionis tradi solitas. Quod si res ad forum externum deducatur, & in eo constiterit, testatoré fuisse à te coactum vi, aut metu graui, tunc proculdubio ab illo tertio hæreditas auferetur tanquam indigno, & applicabitur Fisco, vt docet Menoch. *d. casu 395. num. 11.* & Additio ad Glossam contrarium tenentem *in d. l. 2. Cod. Siquis aliquem test. prohib.* quia vbi dolus alterius est immediata causa acquisitionis, talis dolus nocet ei, cui acquisitum est, *l. Si procurator, ff. de Doli except. l. 1. § Siquis tamẽ, & § Si filius, ff. de Vi, & vi armata.* Ablata autem hæreditate ab illo tertio, tunc non ille, sed tu solus, qui coegisti, restituere teneris ei, quem testator volebat instituere, vt per se constat.

11 Notabis tertiò, cum dicimus, teneri prædictum coactorem restituere illis, quibus testator relinquere volebat, ita id esse intelligendum, vt solùm eis debeat restituere, quanti æstimatur damnum, quòd illis datum esse intelligitur. Vnde siquis vellet te instituere hæredem cum onere dandi centum Petro, & tu eum coegisti vt sine tali onere te hæredem relinqueret, solùm teneberis dare Petro, quantum illa centum æstimabantur prout erant in spe, quòd testator non esset aliàs mutaturus voluntatem ea relinquédi

di

di Petro; quòd regulariter est minus, quã quòd in re ipsa valent. Et verò quò illa spes erat certior, aut minus certa, eò pluris, aut minoris æstimari debent. Tam certum autem potest esse, quòd testator non erat mutaturus voluntatem, vt non minoris æstimentur prout erant in spe, quàm si jam in re ipsa essent possessa: in quo euentu teneris restituere totum, imo & interesse, resarciendo totum damnum.

12 Notabis quartò, si post testamentum factum coactè, potuit testator illud mutare, vel aliud de nouo facere, nec tamen fecit, non videri coactorem obligandum quidquam restituere; quia præsumitur, quòd testator liberè postea voluit, vt tale testamentum esset firmum. Vnde in foro etiam externo non aufertur hæreditas, ab hærede in eo instituto, vt benè cũ alijs docet Menoch. *d casu* 395.*n.*25.

13 Notabis vltimò, si is, in cujus damnum prohibuisti ne aliquis testamentum faceret, in foro externo probet, quòd testator ei volebat aliquid relinquere, & tuâ malitiâ effectum est, vt ei non relinqueretur, cogendum te esse illi soluere in duplum. Ita cum Barth. & multis alijs Menoch. *supra num.* 28. *per text. in Auth. Vt nulli judicium*, §. *Et hoc peruenit, collat*, 9. & habetur expressè *lib.* 4. *Ordin. Lusit. tit.* 84. §. 3. Habetque hoc locum, etiam quando hæreditas propter crimen coactoris applicatur Fisco, siquidem vtraque pæna coactori imponitur, & vt amittat Fisco hæreditatem, & vt ejus æstimationem soluat in duplum ei, cui testator eam relinquere volebat. Si autem hæreditate Fisco applicatâ, nõ maneat potens ad soluendum huic læso totum interesse, quo illum fraudauit, habet talis læsus recursum ad Fiscum aduersus quem in subsidium agere potest. Sic cum Barth. & Baldo Menoch. *supra num.* 10. & potest probari arg. *l. fin. in princip. ff. de Eo per quem factum erit, & l. Planè*, 2. §. 1. *ff. de Leg.* 1. ex quibus id tradit Barth. *in l. vlt. n.* 2. *fine, ff. Si quis aliquem test. prohib.*

SECTIO II.

Quod sit testamentum Solemne? & quæ solemniter testandi sit necessitas?

SVMMARIVM.

Testamentum Solemne est, quòd fit cum illis solemnitatibus, quæ vel ex aliqua lege, vel ex recepta consuetudine etiam legibus contrariâ, fuerit in vsu in ea prouincia, vbi quis testatur, num 14.

Nemo, per se loquendo, tenetur testamentum facere. Per accidens autem ratione alicujus causæ occurrentis, sæpe continget dari in conscientia obligationem testandi, vt ad exonerandam conscientiam quoad debita, &c. numer. 15.

Quando sequetur infamia alicujus, vel aliud inconueniens, ex eoquod testator declaret in testamento aliqua debita, vel aliquid aliud, quo remedio vti possit, vt tale inconueniens vitetur, & nihilominus post ejus mortem, ejus voluntas, & obligatio impleatur? n. 16.

Vtrum ad valorem testamenti requiratur, quòd fiat cum omnibus solemnitatibus juris? Prima sententia tenet, eas solemnitates solùm requiri ad probationem pro foro externo, non autem ad valorem dispositionis pro foro conscientiæ, num. 17. & seqq. *Secunda ex opposito sustinet, eas solemnitates esse omnino necessarias, ita vt sine illis testamentum sit prorsus irritum, etiam in foro conscientiæ*, numer. 22. & seq. *Tertia, quæ est media, docet testamentum carens dictis solemnitatibus, habens autem cætera requisita, valere quoad hoc, vt in eo institutus possit retinere bona sibi relicta, quandiu per sententiam non condemnatur: post condemnationem verò teneri illa restituere venientibus ab intestato*, num. 24.

Si hæres scriptus in testamento minus solemni, vel hæres ab intestato, obtineat,

at, & possideat hæreditatem in eo testamento relictam: non potest alter hæres, qui non possidet, capere propriâ auctoritate illa bona, neque occultam compensationem sibi facere in alijs bonis possessoris. Et quomodo id sit intelligendum? num.25.

Si hærede ab intestato petente hæreditatem tibi relictam in testamento minus solemni, negasti, aut occultasti testamentum, vel falsis testibus te defendisti, teneris ei restituere, non solùm ipsam hæreditatem, quæ aliàs ei erat adjudicanda, sed etiam quidquid ob tuam falsitatem in lite expendit, n.26.

Si hæres ab intestato non petat hæreditatem relictam in testamento minus solemni, quia ignorat vitium testamenti, non tenetur hæres scriptus ei reuelare illud vitium, ibid.

Vtrum hæres scriptus in testamento minus solemni optionem habeat circa legata in eo testamento relicta, vt possit ea tradere, vel legatario vel hæredi ab intestato? num.27.

Judicium Auctoris inter sententias supra relatas, circa necessitatem solemnitatum ad valorem testamenti. Et præfertur secunda, quæ docet, eas esse simpliciter necessarias, num.28. Limitatur autem vt non procedat quoad legata, & fideicommissa in minus solemni testamento, uel codicillo relicta, numer.29.& seq. Et quomodo hæc limitatio intelligenda sit? num.31.

14 AD primum quæsitum, Quod testamentum sit Solemne? respondetur breuiter illud testamentum esse Solemne, & perfectum, quod fit cum illis solemnitatibus, quæ vel ex aliqua lege, vel ex recepta, & præscriptâ consuetudine, etiam legibus contrariâ, sunt in vsu in ea regione, vbi ipsum testamentũ conficitur. Est resolutio certa, & communis. Et quidem, quòd oporteat adhiberi in testamento, ad hoc vt sit perfectum, solemnitates, quæ ex præscripta consuetudine fuerint in vsu, licèt ea consuetudo legibus sit contraria, tradit benè Valascus, dicens esse communem, *consult.* 104.*num.* 22. quia consuetudo præscripta habet vim legis, & vincit legem antiquiorem, eique derogat, *l. De quibus causis, ff. de Legibus, §. Ex non scripto, Inst. de Iure naturali*, quòd procedere etiam in materia testamentorum probat text. *in l. final, Cod. de Testament.* ibi: *antiquam eorum consuetudinem*. Neque his obstat Ordinat. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 80. §. 1. vbi post constitutam formam, & solemnitatem testamenti Clausi, subditur, quòd testamentum aliter factum non valebit, non obstante quacumque consuetudine; quæ in loco, aut locis contraria sit. Nam ad hoc respondet bene cum alijs Valasc. *supra, num.* 26. hanc Ordinationem intelligi de consuetudine, quæ haberetur vsque ad tempus, quo lex illa condita fuerit, non verò de ea, quæ postea inualuisset: quòd apertiùs significatur in Ordination. antiquis *lib.4. tit.76. §.1.* ibi: *sem embargo de qualquer costume, que ate ora se vzasse.*

In secundo quæsito, circa necessitatẽ 15 testandi solemniter, duplex continetur dubitatio. Vna est, an detur necessitas, seu obligatio faciendi testamentum, illudque Solemne? Altera, vtrum oporteat fieri testamentum Solemne, & perfectum, seu cum omnibus solemnitatibus juris, ad hoc vt sit validum, etiam in foro conscientiæ? Quod ergo ad priorem dubitationem attinet, resolutio est; neminem, per se loquendo, teneri facere testamentum, aliove modo per vltimam voluntatem de suis bonis disponere. Nullibi enim id reperitur præceptum, neque est contra jus naturæ, quòd ijs, qui habent bona, sinant ea deuenire ad hæredes ab intestato. Dictum est autem, *per se loquendo*, quia per accidens ratione alicujus causæ, vel circunstantiæ occurrentis, sæpe continget dari grauem obligationẽ faciendi testamentum, vt quando id fuerit necessarium ad exonerandam conscientiam, quoad debita; quæ nisi testamento, aut codicillo maneant declarata, vel non soluentur, vel non sine graui incommodo creditorum, aut etiam quando fuerit

erit necessarium ad vitandas lites, & scandala, quæ meritò alioqui timerentur. Vnde ex suppositione quòd quis testetur, licèt aliàs nulla ex parte sit obligatio faciendi testamentum, tenebitur tamen illud facere adeò perfectum, & expeditum vt non relinquatur occasio litigandi, & rixandi circa successionem in bonis ipsius testatoris. Item siquis merito credat, aut timeat hæredes ab intestato fore negligentes in pijs operibus pro ipsius anima efficiendis, non vacabit aliquâ leui culpa contra propriam charitatem, si non faciat testamentum, quo pia opera pro se fieri præcipiat. Ita fermè Molina, *disp.* 135. *num.* 1. & Lugo, *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *num.* 22. Estque res satis perspicua, quam vt Legistæ facultas fert, illustrat Nigrerius, *lib.* 1. *Introduct. vltim. vol. cap.* 10. *à num.* 8.

16 Aduertit etiam bene Lugo, *citat. numer.* 23. cum alijs, si contingat, vt testator non possit in testamento declarare aliqua debita, quia id cedet in infamiam alicujus, vel ob aliam causam, fore tunc bonū consilium, quòd in testamento præcipiat hæredibus, vt dent certam summam confessario, vel alteri amico, qui eam expendat in id, quòd cum illo communicauit, & vt de tali pecunia non possint hæredes rationem petere. Alij etiam consulunt, vt testator pro hujusmodi debitis, & obligationibus exoluendis se remittat ad priuatam schedulam, in qua illa declarentur, dicendo in testamento, *quòd vult, vt fiat quidquid reperietur in schedula sua manu scripta, vel subscripta, perinde ac si in ipso testamento inserta esset*: qua relatione facta, potest in schedula scribere, seu addere, quæ successiuè vsque ad tempus mortis occurrerint, & tandem illam scribere, & tradere confessario, vel ponere in loco designato in ipso testamento, vt constet esse illam ad quam se remittit. Cæterùm licèt hujusmodi schedula tanquam pars testamendi habenda, & conseruanda sit, vt infra *sect.* 4. §. 4. *tractandum, & confirmandum est*, non videtur tamen accomodatum remedium pro soluendis debitis, quæ secretum exigunt ad vitandam infamiam creditoris, vel testatoris; siquidem ipsamet schedula post testatoris mortem aperienda, & publicanda est, quemadmodum ipsum testamentum. Et ad hoc inconueniens videtur respexisse Lugo *supra*, vbi dicit se rarò id consulturum.

In alia verò dubitatione de necessitate solemnitatum ad valorem testamenti, quæ difficilior est, & hujus loci magis propria, tres sunt principales sententiæ. 17
Prima est, dictas solemnitates juris solùm requiri ad probationem pro foro externo; non autem ad valorem dispositionis, seu voluntatis testatoris pro foro conscientiæ: atque adeò etiam testamentum minus solemne seruandum esse in foro animæ, si sufficienter constet de voluntate testatoris, nec alijs ad ejus valorem requisitis careat. Ita ex Iurisperitis Panormit. *in cap. Cum esses de Testam. num.* 10 *&* 15. Procedit autem hic Auctor ex falso fundamento, quia putat leges ciuiles, quatenus pro solemnitate testamenti requirunt plures testes, quàm duos, esse reprobatas, & annullatas in *d cap. Cum esses*, cujus oppositum est verum, vt constabit ex dicendis *sect.* 5. §. 1. Felinus *in cap.* 1. *de Constitutionibus, numer.* 39. Tiraq. *post leges connubiales, Gloss.* 4. *numer.* 21. Caldas *in l. Si curatorem, verbo, Læsis, numer.* 71. Anchar. Innocent. Imola, Alexand. Iason, Alciatus, & plures alij, quos refert Sanch. *lib.* 4 *Opusc. cap.* 1. *dub.* 14. *num* 2. vbi in fine dicit hác esse communem sententiam Iurisperitorum. Ex Theologis idem tenent Adrianus *quodlib.* 6. *art.* 1. *illat.* 2. Angel. *verbo, Hæres, num.* 5. *& verbo, Alienatio, num.* 14. Tabiena, *verbo, Hæres, num* 4. Syluest. *verbo, Testamentum*, 1. *q* 5. *vers.* 4. *& verbo, Hæreditas*, 3 *q.* 7. *& verbo, Alienatio*, 1. *q.* 13. Ioan. Medin. *Cod. de Restit. q.* 13. *fine*, Molina *tom* 1. *de Iust. disp.* 81. *à num.* 16. Less. *de Iust. lib.* 2. *cap.* 19. *dub.* 3. *à num.* 12. & alij.

Præcipuum, imo totale hujus sententiæ fundamentū est, quia quamuis legum ciuilium Conditores irritare potuerint testamenta, & alias dispositiones vltimarum 18

rum voluntatum, in quibus non seruaretur forma, & solemnitas eorum legibus præscripta, attamen mens eorum nō fuit illas irritare, sed tantùm non habere illas vt legitimas ad probandum eam fuisse voluntatem testatoris defuncti, nisi fuissent factæ coram tot testibus, & cum cæteris solemnitatibus, quas præscribunt: ita vt ejusmodi solemnitates solùm postulentur ad probationem in foro externo pro falsitatibus vitandis, non autem ad substantiam, & valorem dispositionis. Ergo quanuis tales solemnitates desint, si aliunde certò constet de voluntate testatoris, pro illa standum est in foro conscientiæ, vtpote validâ, & sufficiente ad transferendum dominium bonorum defuncti in eas personas, quibus ille ea reliquit; & consequenter ij tantùm, quibus relicta sunt, ea capere, & retinere possunt. Consequentia patet, & à nemine negatur. Antecedens verò probatur primo ex *l. vltima, Cod. de Fideicommiss.* ibi: *Cum enim res per testium solemnitatem ostenditur, tunc & numerus testium, & nimia subtilitas requirenda est: lex etenim, nequid falsitatis incurrat per duos fortè testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, vt per ampliores homines perfectissima veritas reueletur.* Ex quibus verbis satis apertè constat, solemnitatem testium, & quamlibet aliam solùm exigi in vltimis voluntatibus, vt perfectam fidem faciant in foro externo, atque in eo actionem tribuant; non verò vt dispositio sit in se valida, & efficax in foro conscientiæ, in quo ad nudam veritatem attenditur vndecumque de illa constet.

19 Probatur secundò ex eadem *l. vltima,* in verbis sequentibus, & ex *§. vlt. Inst. de Fideicommissar. hæredit.* vbi habetur, si hæres, aut legatarius grauatus à testatore aliquid restituere, nolit eam restitutionem facere, allegando defectum solemnitatis in voluntate testatoris, quæ illum grauat; vt quia fuit grauatus per codicillum non solemne, posse in foro externo compelli, vt juret, an sciat eam fuisse voluntatem testatoris, & si renuat jurare, vel eam testatoris fuisse voluntatem fateatur, cogendum esse illi stare: & redditur ratio *in d. l. vltim.* quia vbi habetur propria, & indubitata fides illius, cujus intererat non impleri dispositionem testatoris, superuacaneum est ad testes, vel extraneam fidem recurrere. Ex quibus satis apparet non aliâ de causa exigi solemnitatem in vltimis voluntatibus, nisi vt per eam voluntas testatoris probetur in foro externo: alioqui si etiam pro substantia, & valore testamenti solemnitas requiritur, nihil prodesset constare de voluntate testatoris, etiam per confessionem partis, solemnitate deficiente.

Probatur tertiò ex *l. Etsi inutiliter, 2. Cod. de Fideicommissis,* vbi cauetur, si hæres sciens voluntatem defuncti præstitit fideicommissum ab eo relictum inutiliter, idest, in scriptura minus solemni, non posse illud repetere; & redditur ibi ratio, quia non ex ea scriptura, sed ex conscientia fideicommissi relicti, defuncti voluntati satisfactum esse videtur. Vbi nihil clarius videtur dici posse ad ostendendum mentem legislatoris non fuisse tollere obligationem fori conscientiæ, seu naturalem, implendi voluntates defunctorum minùs solemnes, si certò constet de illarum veritate, sed tantùm denegare actionem in foro externo ad petendum earum implementum. 20

Propter hæc, & alia fundamenta adeò veram credunt nōnulli hanc sententiam, vt dicant, si hæres ab intestato obtineat hæreditatem, & legata, posse eos, quibus illa per testamentum minùs solemne relicta sunt, occulta compensatione vti; quòd reuerà illæ res ad ipsos spectent. Ita Syluest. *verbo, Hæreditas,* 3 *q.* 1. Molin. *d. disp.* 81. *n.* 22. qui loquitur etiam post sententiam pro hærede ab intestato latam, & Less. *d. dub.* 3. *num.* 22. Si autem prædictus hæres sit dubius de voluntate testatoris, omnes conueniunt non teneri à tota hæreditate abstinere. Credit tamen Molina *supra,* teneri compositionem facere cum hærede, legatarijs, & fideicōmissarijs minùs solemniter institutis pro quantitate dubij. At hoc non admittit 21

Les-

Lessius, *num.* 21. dicens probabilius videri hæredem ab intestato posse in hoc casu retinere totum, quia habet jus certum, à quo non debet excludi per jus alterius dubium.

22 Secunda sententia ex opposito negat, valere in foro conscientiæ testamenta minus solemnia. Hanc tenent Baldus, Castrens. Cynus, & alij, quos citat, & sequitur Matienzo *lib. 5. Recopilat. tit.* 4. *l.* 1. *Gloss.* 10. *à num.* 23. Padilha *l. Cum quis, à num.* 10. *Cod. de Iuris, & facti ignorantia* Gregor. Lop. *l.* 31. *tit.* 14. *partita* 5. Menchaca *de Succession. §. 1. num.* 21. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 123. Couar. *in cap. Cum esses, de Testament. à num.* 6. *& in regula, Peccatum,* 2 *p §.* 3. *num* 9. Ledesma 2 4 *q.* 18. *art.* 1. *dub.* 12. Vazq *Opusc. de Testam. cap.* 3. *dub.* 1. *numer.* 4. Bened. Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* 2. *p* §. 4. *à num.* 2. Pichard. *§.* 1. *Inst. de Testam. Ordin. n.* 1. *&* 9. *cum seqq.* & plures alij quos citat, & sequitur Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 22. *sect.* 9.

23 Probatur primò, quia propter commune bonum potuit Princeps statuere, vt non seruatis solemnitatibus à se institutis, non valeret actus, nec ipsa disponentis voluntas vllam vim haberet: id autem fecit circa testamenta, vt constat *ex l. Hac consultissima, Cod. de Testament. in princip.* ibi: *Pro infecto haberi conuenit, & §. Ex imperfecto,* ibi: *voluntatem tenere defuncti... non volumus,* & ex Ordin. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 80. *§.* 1. ibi: *E doutra maneira não será valioso o testamento, cum similibus.* Secundò, quia sententia judicis non innitens falsa præsumptione obligat in conscientia. Sed cessante omni suspicione fraudis, judex judicabit testamentum minus solemne nullum esse; & ita vbique judicari solet: ergo ne cõmunem totius Christianitatis praxim damnemus, fatendum est, etiam in conscientia esse nullum. Tertiò, & à priori, quia solemnitas testamenti inducta est, non tantùm gratiâ probationis, vt de veritate constet, sed vt forma substantialis, sine qua testamentum non subsistit: ergo ea deficiente, in omni foro testamentum est nullum. Antecedens probatur, quia ad plenam probationem veritatis sufficiunt duo testes, secundùm jus naturale, & diuinum, juxta illud Matth. 18. *In ore duorum, vel trium stat omne verbum;* imo & juxta ipsum jus Ciuile, *l. Vbi numerus, ff. de Testibus:* ergo quando plures desiderantur testes, vt in testamentis, & alijs vltimis voluntatibus, hoc non tantùm ad probationem, sed etiam ad substantiam referendum est. Confirmatur *ex l. Si veritas,* 33. *Cod. de Fideicommiss.* vbi, & veritas dispositionis, & solemnitas juris requiritur, vt possis compelli soluere id, in quo à testatore grauatus es. Consonat text. *in l. Dictantibus,* 22. ibi: *Testibus etiam ad efficiendam voluntatem adhibitis, Cod. de Testam. & in l. Siquis ita,* 15. ibi: *Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis, ff. de Rebus dubijs* cum alijs, quos adducit Pichard. *supra, num.* 9. *&* 10. Ex quibus concluditur, testes adhiberi actui testandi, non tam ad probationem voluntatis testatoris, quàm ad ipsam voluntatem, & judicium testantis confirmandum, & efficiendum.

Tertia sententia media inter præcedentes asserit, testamentũ minus solemne non esse omnino inualidum, sed valere quoad hoc, vt in eo institutus possit retinere bona sibi relicta, quandiu per sententiam non condemnatur, post condemnationem verò teneri illa restituere. 24 Ita sentit Sot. *lib.* 4. *de Iust. q.* 5. *art.* 3. *§. Nunc igitur,* Ludouic. Lopez 2. *p. Instructorij, cap.* 14. Henriq. Burgos de Pace, & alij quos citat, & sequitur Sanch. *d. dub.* 14. *num.* 5. *&* 6. dicens duas præcedentes sententias esse probabiles, hanc tamen probabiliorem. Probat, quia in dubio melior est conditio possidentis; quare cum valde probabile dubium sit, vter melius jus habeat in foro conscientiæ, an hæres ab intestato, vel qui institutus est in testamento non solemni, sane si is priùs occupauerit bona, juuabitur possessione, & poterit retinere, quandiu non fuerit condemnatus ea restituere. Meritò autem Lugo *supra, num.* 251. hoc fun-

fundamentum reprobat; quia præsens quæstio non est, quid possit facere, qui cum probabili dubio possidet; sed quid dicendum sit, re ipsa secundùm se spectatâ, independenter à suppositione probabilitatis vtriusque sententiæ. Vnde meliori argumento vtitur Sotus, dicens, hanc videri fuisse intentionem Legislatorum, aut certè ita videri eorum leges vsu probatorum hominum receptas, vt solùm detur jus petendi in dubio, & obtinendi contra testamenta non solemnia; non verò quòd ipse, qui possidet, debeat se spoliare, cum id nimis rigidum sit.

Omnes hæ sententiæ sunt probabiles,
25 cum unaquæque, & ratione, & auctoritate grauissimorum Doctorum fulciatur. Quamobrem antequam inter illas judicium feramus, quænam præferenda videatur, aliqua satis pro praxi fori conscientiæ vtilia inferre licet, ex eo quòd omnes probabiles sint. Primò igitur infertur, si hæres scriptus in testamento minùs solemni, uel hæres ab intestato, obtineat, & possideat hæreditatem in eo testamento relictam, non posse alterum hæredem, qui non possidet, capere propriâ auctoritate illa bona, neque occultam compensationem sibi facere in alijs bonis possessoris; quia vt te compensare possis in bonis alterius, opus est, vt liquidò constet, quòd ille tibi tantundem debet, vt est communissima Doctorum sententia: in præsenti autem nõ constat liquidò, quòd prædicta bona possidens ea debeat alteri; siquidem vterque pro se habet opinionem probabilem, bona illa ad se tantùm pertinere. Ita Sanch. *d. dub.* 14. *num.* 12. cum alijs. Cæterùm hanc resolutionem intelligo, Primò vt solùm procedat, spectato jure positiuo, quod vetat nequis in propria causa sibi jus dicat: spectato enim jure naturali, fortè, dum ad judicium res non deducitur, contra justitiam non est, si is, qui pro se habet opinionem probabilem, quòd alter sibi est debitor, se in illius bonis recompẽset, vt alibi disputauimus, & tradit Joan. Sanch. *Selectar. disp.* 43. *num.* 54. alijsq; in locis, & Lugo *tom.* 1. *de Iust. disp.* 16. *à num.* 99. quanuis cum suis limitationibus. Secundò, vt procedat de compensatione facienda in rebus, quas alter possidet, non verò de facienda in debitis, quę Aduersarius illi debet; præsertim, si talis Aduersarius habet actionẽ aduersus illum, vt hæres ab inrestato habet aduersus institutum in testamento non solemni; quia tunc potest nolle soluere, quæ illi debet, juxta regulam, *Quod ei cui datur actio, competit exceptio & retentio, cap. Qui ad agendum, de Regulis juris, in 6.* Quem dicendi modum approbat idem Thomas Sanch. *lib.* 2. *in Decal. cap.* 23. *num.* 144. *& lib. 6. de Matr. disp.* 38. *num.* 33.

Infertur secundò; si hærede ab intestato petente in judicio hæreditatem tibi 26
relictam in testamento minùs solemni, negares, vel occultares testamentum, vel falsis testibus te defenderes, teneri te restituere, non solùm ipsam hæreditatem, quæ aliàs illi erat adjudicanda, vt rectè docet Sanch. *loco citato Opusc. num.* 13. sed etiam quidquid amplius ob tuam falsitatem, vel fraudem in lite expendit, quã aliàs expensurus esset. Ratio est, quia talis hæres habet jus petendi illa bona non per actionem ex aliqua lege pænali, sed ex lege, quæ directè tribuit illi tale jus, si non certum & indubitatum, saltem probabile, & in omni sententia sufficiens ad te conueniendum in judicio: ergo si per fraudem, & mendacia illum impedias, ne tale jus prosequatur, hoc ipso illi facis injuriam, & consequenter teneris illi restituere quanti ejus intererat non esse à te illo modo impeditum. Illud autem juxta tertiam sententiam meritò admittit Sotus *supra*, & Sanch. *d. cap.* 14. *num.* 5. si hęres ab intestato non petat hæreditatẽ, quia ignorat testamentum esse non solemne, non teneri te illi reuelare eum defectum, quia dum per sententiam non fueris condemnatus legitimè potes retinere bona ex tali testamẽto, & nõ teneris præbere ansam vt condemneris.

Infert etiam Sanch. *loco proximè cit.* 27
num. 10. si hæres institutus in minùs solemni testamento haberet aliqua legata relicta in eo testamento, posse ea tradere,

cui

cui malit, scilicet vel legatario, vel hæredi ab intestato; quia vterque habet jus juxta diuersas opiniones probabiles. Hinc tamen illationem merito improbat Lugo *d. disp.22. num.* 261 dicens, si hæres in tali testamento scriptus velit retinere hereditatem, non competere illi talem optionem, sed debere soluere legata iis, quibus relicta sunt. Est enim contra rationem, vt quis velit juuari simul contrarijs opinionibus probabilibus, vt ex vtraque simul sumpta ab aliquo debito liberetur; nam *Quod approbo, non reprobo*, vt est commune Juristarum proloquium, quòd hic maximè locum habere videtur. Alia fundamenta vide apud Lugo.

28 Sed jam quæ nobis ex tribus prædictis sententijs principalibus potior videatur, aperiamus. Dico ergo, tertiam sententiam videri æquiorem, eoque magis arridet, quòd duas priores aliquo modo conciliat, & propterea videri in praxi magis sequendam: & ita præter Doctores superius pro ea allegatos sentiunt alij apud Jul. Clar. *lib.*3. *Sententiar.* §. *Testamentū. q.*90.*num.*6. inter quos hanc sententiam dicit communem Ripa *in l. Nemo potest, ff. de Legatis*, 1. *num.* 99. Cæterùm secunda sententia, quæ absolutè negat valere testamentum non solemne, etiam pro foro conscientiæ, videtur simpliciter vera, stando in rigore juris. Quod satis mihi persuadent fundamenta pro illa adducta, præsertim vero quod sumitur ex *d. l. Hac consultissima*, juxta quam intelligi debet Ordinatio. Lusitan. *d. titul.* 80. licèt non exprimat, quod deficiente solemnitate non teneat voluntas testatoris, sicut in prædicta L. dicitur, sed tantùm, quod testamentum sit inualidum.

29 Vt autem aliquid demus primæ sententiæ oppositæ, limitanda est dicta secūda sententia, vt non procedat quoad legata, & fideicommissa in minus solemni testamento, vel codicillo relicta: hæc enim deberi naturaliter, atq; in foro cōscientiæ, quanuis aliud sit in hæreditate respectu hæredis scripti in testamento non solemni, docet meritò Julius Clar. *d. q.*90.*num* 2.*& seqq.* vbi refert alios, qui hanc sententiam dicunt communem, Menchaca *lib.*3 *de Success. progressu*, §. 30 *num.*30. & Lugo *d. disp* 22 *num.* 258. Idem videtur tenere Glossa 1. *in l.* 1 *ff. de Condictione indebiti.* Sumitur hæc resolutio, *ex l. Non dubium*, 16. *C. de Testam.* ibi: *Illud etiam adjiciendum est, vt qui ex testamento, vel ab intestato hæres extiterit, & si voluntas circa legata, seu fideicommissa, seu libertates, legibus non sit subnixa*, idest, non sit solemnis solemnitate a legibus requisita) *tamen si sua sponte agnouerit, implendi eam necessitatem habeat.* Vbi vides non censeri irritam voluntatem defuncti circa legata, & fideicommissa, ex eo quod non fuerit solemnis; quanuis vt hæres in foro externo cogatur eam implere, opus sit, ut ipse in eodem foro fateatur eam fuisse defūcti voluntatem; quia ad illum conuincendum, & talem voluntatem probandam, non admittitur in externo foro testamētum, nec scriptura aliqua carens solemnitate à legibus requisitā; & hoc est, quòd sibi volunt illa verba textus: *Si suā sponte agnouerit.*

Idem sumitur ex textibus, quas pro prædicta prima sententia adduximus: loquuntur enim specialiter de fideicommissis. & circa illa decernunt, seruari debere voluntatem testatoris etiam non solemnem, si hæres grauatus illam agnoscat, siue confitendo illam, siue recusando juramentum sibi delatum, ad hoc vt de illa deponat, vt habet textus *in dict. l. vltim. Cod. de Fideicommiss. & in dict.* §. *vltim. Instit. de Fideicommissar. hæreditat.* siue soluendo ipsa fideicommissa, sciendo eam esse voluntatem defuncti, in quo casu ei denegatur repetitio per text. *in dict. l. Etsi inutiliter, Cod. de Fideicommiss.* eoquod satisfecerit voluntati defuncti; ex qua obligabatur naturaliter, siue in conscientia. Idem etiam probat *dict. l. Si veritas, Cod. de Fideicommiss.* quæ specialiter loquitur de fideicommissis statuens circa illa, vt si solemnitas juris eis desit, non possit

hæres compelli ea soluere, nisi agnouisset eam fuisse voluntatem defuncti, vel promisisset illa implere. Vnde cauendum est à Sanch. *in d. dub.* 14. *num.* 15. vbi cum Soto *lib.* 4. *de Iust. q.* 5. *art.* 3 *§. Quartò arguitur*, dicit, quanuis testator suo hæredi, vel executori sui testamenti dixisset, *Post obitum meum da Petro centum*, non teneri talem hæredem, vel executorem illa dare, nisi adessent testes sufficientes ad solemnitatem illius vltimæ voluntatis, aut ipse hæres, vel executor testatori promisisset se daturum. Id enim apertè confunditur ex prædictis, cum talis hæres seu executor sciat eam esse voluntatem defuncti, quæ juxta prædictas leges naturalem obligationem inducit. Scio multos Doctores ad diuersas prædictorum textuum interpretationes confugere, vt sustinere possint, non deberi legata, & fideicommissa ex minùs solemni voluntate. Eas tamen facilè confutabis ex ijs, quæ circa hanc controuersiam scribunt Mantica *lib.* 2. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 13. *n.* 5. & Bened. Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* 2 *p. initio à num.* 20.

30 Atq; ex his patet responsio ad fundamentum primæ sententiæ, quatenus vult non solùm legata, & fideicomissa, sed etiam institutionem hæredis in testamento minus solemni valere in foro cõscientiæ. Constat enim, quòd leges, quibus Aduersarij nituntur probare, intentionem Legislatorum fuisse inducere necessitatem solemnitatis ad probationem in foro externo, non autem ad valorem testamenti, seu institutionis pro foro interno, id reuerà non probant; siquidem, vt vidimus, solùm procedunt in fideicommissis. Neq; est eadem ratio de testamentis, seu institutione hæredis: tum quia circa testamẽtum non solemne habemus textum satis expressum *in d. l. Hac cõsultissima, §. Ex imperfecto*, vbi ipsi voluntati testatoris derogatur: cùm tamen econtra circa legata, & fideicommissa non solemnia impletio voluntatis defuncti approbetur, & sustineatur in legibus supra adductis: tum maximè, quia ipsa specialis fideicõmissorum natura postulabat, vt ille cujus fidei testator commisit aliquid præstare, ipsum testatorem non fallere, quacumq; ratione de illius voluntate certus fieret, siue talis voluntas esset solemnis, siue non solemnis. Et ita hanc rationem amplexus statuit Imperator *d. §. vlt. Inst. de Fideicommissar. hæreditat.*

Illud vero circa prædicta aduertendum; cùm dicimus deberi in foro conscientiæ legata, & fideicommissa non solemnia; intelligendum id esse respectu ejus, qui à testatore in minùs solemni testamẽto, vel codicillo grauatus est illa soluere; ita vt is tantùm illa debeat soluere, si in bonis testatoris succesit; non vero alius, à quo iste propter testamenti nullitatem exclusus fit: vt si, verbi gratiâ, testamento non solemni instituisti hæredem extraneum; grauando illum aliquo fideicommisso, siue Particulari, siue Vniuersali; & quidem tuus frater, quem vnicum heredem ab intestato habebas, sciens defectum testamenti illum extraneum exclusit, & hæreditatem obtinuit, non tenetur talis frater, qui tibi ab intestato successit, soluere fideicommissa in prædicto testamento relicta; quia nihil ejus fideicommisisti; & ita cessat in eo ratio, ob quam prædictæ leges voluerunt, vt grauatus fideicommisso etiam non solemni, teneretur illud soluere; manetque proinde in hoc casu totum testamentum nullum, etiam quoad legata & fideicommissa, nisi essent relicta ex causa pia, vel aliàs censerentur repetita ab hæredibus ab intestato, vt infra suis locis explicabitur. 31

Si autem in tali testamento non solemni instituisses hæredem illum tuum fratrem, tunc ipse frater teneretur soluere legata, & fideicommissa in eo testamento relicta, quæ juxta supra dicta essent valida in foro conscientiæ, nihil obstante, quod institutio in tali testamento facta, esset simpliciter nulla; neque tuus frater ex vi illius tibi successerit, sed tantùm ex vi legum, quæ illi tribuunt jus succedendi ab intestato. Item si vel ipsum tuum fratrem, vel alium extraneum instituisti hæredem in testamento solemni, & valido

lido, postea verò fecisti codicillum non solemnem, quo talem hæredem grauasti aliquo legato, vel fideicommisso, tenetur talis hæres illa soluere in foro conscientiæ, si certus sit eam fuisse voluntatem testatoris. Atque in foro etiam externo compelletur illud soluere, si fateatur eam fuisse defuncti voluntatem, vel si delato sibi juramento, vt de rei veritate deponat, renuat jurare, *dict. §. vltim. Instit. de Fideicommissar. hæreditat.*

SECTIO III.

Quotuplex sit testamentum: & quæ solemnitates pro vnoquoque testamento ritè conficiendo præscriptæ sint?

SUMMARIUM.

Testamentum, vel est clausum, seu in scriptis; vel apertum seu Nuncupatiuum, & quæ sit propria vtriusque ratio, qua inter se differunt? num. 32.

Quæ solemnitas jure Ciuili communi præscribatur ad testamentum clausum? num. 33. *Quæ jure Lusitano? num.* 34. *In quibus quoad hanc solemnitatem jus Lusitanum recedat à communi? num.* 35.

Quæ solemnitas pro testamento Nuncupatiuo postuletur jure Ciuili communi? num. 36. *Quæ jure Lusitano? num.* 37. *Secundum jus Lusitanum tripliciter fieri potest testamentum Nuncupatiuum, ibid.*

Omnia prædicta circa testamentorum solemnitates, intelliguntur seclusis priuilegijs, & casibus specialibus, de quibus suo loco agendum, num. 38.

32 Celebris testamenti diuisio est, in testamentum Clausum, seu in scriptis; & testamentum Apertum, seu Nuncupatiuum. Clausum est, quando ea quæ continet, non declarantur tabellioni, nec testibus: quod proinde non potest fieri, nisi in scriptis; & propterea appellari etiam solet, testamentum in scriptis. Apertum est, quod fit coram testibus, declarando illis omnia, quæ in eo disponuntur. Et hoc potest fieri tam per scripturam, quæ voce intelligibili legatur coram ipso testatore, & testibus; quàm sola voce, disponente & declarante verbaliter testatore coram testibus omnia, quæ post mortem suam fieri vult. Quam distinctionem optimè declarat, & de jure probat Valasc. *consult.* 178. *numer.* 6. & Reynosus, *obseruat.* 48. *numer.* 23. habeturque jure Lusitano, *lib.* 4. *Ordin. tit.* 80. *in princip. & §.* 3. *&* 4.

Mitto alias testamenti diuisiones, vt in testamentum ad causas pias, & non pias; in testamentum Militare, & Paganicum, seu non Militare: & similes; quæ vel ex diuersitate causæ, ob quam fit testamentum, vel ex diuersitate testantium, aut personarum, quæ instituuntur, sunt desumptæ, & peculiares habent rationes, in quibus hic non oportet immorari, cùm inferius commodiorem locum habituræ sint, vbi de testamentis aliquam specialitatem habentibus singilatim agendum est. Nunc ergo contenti prædicta distinctione in testamentum Clausum, & Apertum seu Nuncupatiuum, quæ ex diuersitate solemnitatum desumpta est; jam solemnitates, quæ pro vnaquaque harum specierum jure Ciuili tam communi, quàm Lusitano postulantur, breuiter proponamus.

In primis pro testamento Clauso, seu in scriptis, sequens solemnitas jure Ciuili communi postulatur, & seruanda est, vbi illud jus viget. Confectâ scripturâ dispositionem testatoris continente; adhibendi sunt septem testes masculi, puberes, liberi, aut pro liberis habiti, & rogati, idest, ad hoc vocati, & corá illis omnibus simul dicet testator, illud esse suũ testamentum, illudq; subscribet vel si scribere nescit, aut non potest, adhibendus est octauus testis qui ejus loco subscribat: deinde eodem tempore subscribent illi septem testes, & suo, vel alieno sigillo 33

illud signabunt, satisque est, vt omnes eodem annulo signent. Sic habetur *l. Hac consultissima, Cod. de Testam.* vbi additur, quod si horum aliquid deficiat, tale testamentum pro infecto haberi conuenit. Idem habent alia jura relata à Molina *disp.* 125. *num.* 2.

34 Jure autem Lusitano sequens solemnitas pro testamento clauso præscripta est. Scripto testamento, debet testator illud intus propria manu subscribere, si manu aliena scriptum est: si vero testator scribere nesciat, aut non possit, subscribendum est ab eo, qui illud scripsit: deinde claudi, & consui debet: sic consutum tradendum est à testatore tabellioni coram quinque testibus masculis, liberis, aut pro liberis habitis, & puberibus, seu qui decimum quartum ætatis annum excedant; & coram illis omnibus interrogabit tabellio testatorem, an illud sit ejus testamentum, habeatque illud pro bono, firmo, & valido, eoque affirmanter respondente, statim præsentibus testibus prædictis conficiet instrumentum approbationis in tergo illius, declarando in illo testatorem sibi tradidisse testamentum illud, habuisseque pro suo, bono, & valido; in quo instrumento subscribent omnes quinque testes, & ipse testator, si scribere sciat, & possit: sin minus, subscribet loco illius vnus ex testibus, declarando infra subscriptionem, quod subscribit de mandato testatoris, eoquod ille nesciat, aut non possit scribere. Sic habetur *lib.* 4 *Ordin. tit.* 80. §. 1. vbi additur, quod testamentum aliter factum non erit validum. Atque ibi imponitur pæna amissionis officij tabellioni, qui instrumentum approbationis testamenti, vel codicilli confecerit, si non fecerit illud subscribi à testibus in eo nominatis, & à testatore: & subditur, quòd instrumentum approbationis aliter factum erit nullum. Tandem quo fraudes omnes vitentur, præcipitur in *sequenti*, §. vt tabellio scribat, aut scribere incipiat prædictum instrumentum in parte alicujus folij, in quo aliquid testamenti scriptum sit: si autem hoc fieri non possit, eoquod tota charta testamento exarata sit, ponat suum publicum signum in aliqua parte filiorum ipsius testamenti, & in instrumento approbationis declarer, se posuisse signum suum in ipso testamento, eoquod foliū albū nō habuerit, in quo instrumentū inciperet. Et si tabellio id non seruet, punitur amissione officij.

Itaque in hac solemnitate recedit jus 35 Lusitanum à communi. Primò, quia solū exigit quinque testes. Secundò, quia non postulat, vt testes sint rogati, vt sentit Caldas Pereira *tract. de Emptione, & venditione, c.* 6. *n.* 23 & Molin. *d. disp.* 125. *sub n.* 3. censuitque Senatus Lusitanus, vt refert Gama *decis.* 210. *in fine*, quamvis contrarium tenuerit ipse Gama ibi, quem sequitur Emman. Figueira de Negreiros, *in Introductione vltimarum volūtatum, lib.* 1. *c.* 8. *n.* 11. Cum enim lex Regia hujus circunstantiæ non meminerit, censetur eam spreuisse: atque ita receptum esse in praxi affirmat Caldas Pereira *supra*. Tertiò, quia si testator nesciat, aut non possit scribere, non est necesse adhiberi alium testem, qui loco ejus subscribat; sed sat est, quod ejus loco subscribat vnus de prædictis quinque. Quartò, quia non exigit vt testes vltra subscriptionem addant sigillum. Quintò, quia postulat instrumentum publicum confectum à tabellione, quo testamentum approbetur, quod secundùm jus commune necessarium non est. Sextò, quia quando testamentum est scriptum manu testatoris, non exigit, quod intus subscribatur à testatore, vel ab aliquo alio; quod secus est de jure communi.

Quando autem quis vult facere testa- 36 mentum Nuncupatiuum, hæc solemnitas necessaria est, secundùm jus commune, vbi illud seruatur. Adhibendi sunt septem testes masculi, liberi, aut liberi existimati, puberes, & rogati, & coram illis omnibus debet testator declarare suam voluntatem, siue ex scriptura eam continente, & omnibus simul audientibus lectâ, siue voce tenus absque vlla scriptura, pronuntiante testatore quæ post mortem suam vult fieri. Neque aliud est necessarium. Vnde quando inter-

teruenerit scriptura, non oportet, quod testes subscribant, vel sigillum apponant, vt aduertit cum alijs Valasc. *consult.* 178. *num.* 7. & Mol. *disp.* 126. *num.* 1. quia scriptura in hoc testamento non est de substantia. Præscribitur hæc solemnitas *in d. l. Hac consultissima, §. Per nuncupationem, Cod. de Testam. & §. vlt. Inst. de Testam.* Quæ jura licèt tantummodo loquantur de testamento, quod fit sine scriptura, attamen eam non excludunt, sed tantummodo indicant, eam in testamento Nuncupatiuo de substantia non esse, vt declarat Glossa *in d. §. Per nuncupationem, verbo, Sine scriptura.* Semper tamen magni momenti erit interuenire scripturam confectam per publicum tabellionem, qui de testibus mentionem faciat; quia tunc non est opus testes postea sisti, & examinari in judicio; & probabit illa scriptura testatoris voluntatem, etiam illis testibus jam mortuis; quia testamentum non corruit per illorum mortem, probatâ semel defuncti voluntate per publicum instrumentum. Ita cũ Vigilio, & alijs Valasc. *d. consult.* 178. *n.* 6.

37 Secundum jus verò Lusitanum potest testamentum Nuncupatiuum fieri vno è tribus modis. Primò interueniente scriptura publica, seu tabellione, qui ipsum testamentum scripserit. Secundò, interueniente tantùm scripturâ priuatâ, siue ipsius testatoris, siue alterius priuati, à quò testamentum scriptum sit. Tertiò tandem nullâ omnino interueniente scriptura, quod solùm permittitur, quando testamentum fit tempore mortis. Si fiat primo modo, adhibendi sunt quinq; testes masculi, liberi, aut pro liberis habiti, & maiores quatuordecim annorum, ita vt cum ipso tabellione sint sex testes, & scribetur à tabellione in libro Notarũ, subscribeturque à prædictis testibus, & à testatore, si ipse scribere sciat, & possit; sin minùs subscribet ejus loco vnus ex testibus declarando juxta subscriptionẽ, quòd subscribit de mandato testatoris, eoquòd ille nesciat, vel non possit scribere. Ita habetur *d. tit.* 80. *Ordin. in princ.* Si fiat secundo modo, nec in tergo habeat publicum instrumentum approbationis factum à tabellione juxta formam præscriptam pro testamento clauso, hæc solemnitas adhibenda est. In primis, qui testamentum scripsit, aut subscripsit, siue is sit ipse testator, siue aliquis alius, loco tabellionis habebitur, & vltra illum aderunt quinq; testes masculi, maiores quatuordecim annorum, & liberi, aut pro liberis habiti, qui cum eo, qui testamentum scripsit, aut subscripsit, erunt sex testes, & lecto coram illis testamento, illud subscribent. Sic habetur *d. tit.* 80. §. 3. Si autem fiat tertio modo, qui vt diximus, solùm permittitur tempore mortis, necessarij sunt sex testes, quibus præsentibus testator suam voluntatem aliquo modo declaret absque vlla scriptura; & valebit hoc testamentum, siue testes sint masculi, siue fœminæ, eoquod fiat tempore mortis. At si testator conualuerit ab eo morbo, tale testamentum erit nullum, & nullius effectûs. Ita habetur *dict. tit.* 80. §. 4.

Omnia prædicta circa solemnitates ad testamentum requisitas siue jure communi, siue Lusitano, intelliguntur seclusis priuilegijs, & alijs casibus specialibus, de quibus infra agendum est. 38

SECTIO IV.

Explicantur nonnullæ dubitationes circa scripturam testamenti.

CUm scriptura sit de necessitate in testamento clauso, & communiter etiam pro Nuncupatiuo adhiberi soleat, sitque in hoc Regno regulariter necessaria, operæ pretium est, vt quæ circa illam occurrere possunt dubitationes, hìc à nobis expediantur.

(:)

§. 1. *Vtrum in scriptura testamenti oporteat notari diem, mensem, annum, & locum, in qua ipsum testamentum fit?*

SUMMARIUM.

Si testamentum fiat per scripturam publicam, necessarium est notari in ea diem, mensem, & annum, n. 39.

Si in testamento facto per publicam scripturam interueniant omnia requisita ad testamentum Nuncupatiuum, an tale testamentum valeat, licèt in scriptura non sit notatus dies, mensis, & annus? num. 40.

Quando testamentum est factum per scripturam priuatam, non apposito die, mense, & anno, an tale testamentum valeat? multi negant: alij verò affirmant; num. 41. *Quid Auctor in hac controuersia sentiat, tam spectato jure communi, quam Lusitano? num.* 42.

In ijsdem euentibus, in quibus ad valorē tastamenti per scripturam facti necessarium est notari in ea diem, necessarium quoque est notari locum, vbi testamentum fit; opusque est, vt exprimatur locus particularis, num. 43.

39 Prima dubitatio est; vtrum in scriptura testamenti oporteat notari diem, mensem, annum, & locum: in quo ipsum testamentum fit? Respondeo, & dico primò. Si testamentum fiat per scripturam publicam necessarium est notari in ea diem, mensem, & annum, ex generali regula, quòd hæc tempora debent apponi in quolibet instrumento publico, & alioqui non valet, *cap. Quoniam, vbi Glossa, verbo, Tempora, & Doctores, de Probationibus, cap. Abbate, §. Præfatus, vbi Glossa, verbo, Censeretur, de Sententia, & re judicata, in 6.* Ordin. Lusit. *lib.* 1. *tit.* 80. *§.* 7. & notat in specie de testamento Anton. Gom *in l.* 3. *Tauri, n.* 42. Caldas Pereira, *tract. de Empt. & vendit. cap.* 4. *in princ.* cum alijs quos refert; & Sanch. loquendo etiam secundum jus Castellæ *lib.* 4 *Opusc. cap.* 1. *dub.* 3. *num.* 8. Non refert autem, vtrum diem apponamus in principio instrumenti, vel in fine, vt Caldas *numer.* 2. aduertit.

Nota verò, si in dicto testamento interueniant omnia requisita ad testamentum Nuncupatiuum, vt quia lectum est in præsentia testium & testatoris verbaliter declarantis, illam esse suam voluntatem; tunc licèt Scriptum ob prędictum defectum non valeat, attamen sustineri testamentum, si testator se non restrinxit ad formam testandi in scriptis, quia in tali euentu fit testamentum Nūcupatiuum, ad cujus substantiam non pertinet scriptura; quæ proinde licèt interueniat cum aliquo substantiali defectu, non tollit quominus testamentum valeat. Qua ratione diximus *sect. præcedenti, num.* 36. cum Valasc. & alijs, non oportere, quod talis scriptura sit subscripta per testes. Addo tamen, quanuis testamentum cum prædicto defectu, aut alio simili scriptū, de jure communi sit absolutè validum, & firmum, attamen de jure Lusitano non videri validum, nisi fiat tempore mortis, & testator re ipsa moriatur ex illo morbo juxta terminos Ordin. Regiæ *lib.* 4. *tit.* 80. *§. vltim.* Quia cùm scriptura illa sit nulla, habetur tale testamentum, tanquam si sola voce factum esset, in quibus terminis dicta Ordinatio procedit. 40

Dico secundò; Quando testamentum est factum per scripturam priuatam, non apposito die, mense, & anno, communior sententia videtur, tale testamentum non valere, vt cum Alexandro, Rebuffo, & alijs tradit Caldas *d cap.* 4. *de Emptione, & venditione, num.* 13 & Cardos. *in sua Praxi, verbo, Instrumentum, num.* 2. Quod sumitur ex Auth. *Quod sine, Cod. de Testament.* vbi pro testamento quod pater per scripturam inter liberos facit, postulatur, vt in ea notet tempus, & locum, in quo testatur. Et probat hanc sententiam Caldas hac ratione, quia cùm testamentum pluries mutari possit, & vltimum tantùm valeat, debet in eo appa- 41

rere

rere tempus, vt sciamus esse validum. Adde necessarium etiam esse poni tempus, vt constet fuisse factum testamentum tépore habili, vt postquam testator egressus est annos ætatis pupillaris. Oppositam nihilominus sententiam tenet Ant. Gom. *in d.l.3 Tauri, num.* 43. & Sanch. *d.num.* 8. vbi pro eadem sententia citat Matienzo. Probat Ant. Gom. tum quia in scriptura priuata non requiritur dies, mensis, & annus, vt est textus *in l. Cum tabernam, §.1 ff. de Pignor.* vbi Barthol. & Doctores communiter: tum etiam quia quando testamentum factum est priuatâ scripturâ, requiritur postea publicatio coram judice, & ibi per testes probari potest dies, mensis, & annus.

42 Mihi tamen in hac controuersia distinguendum videtur, dicendumque si testamentum sit clausum, seu in scriptis & fiat secundum formam juris communis, vbi hoc jus seruatur, necessarium esse, vt etiam quando manu testatoris, vel alterius priuati scriptum fuerit (sic enim de jure communi scribi potest) contineat talis scriptura diem, mensem, & annum; Quod mihi satis probant fundamenta prioris sententiæ. Si autem fiat secundùm formam Ordin. Lusit. satis tunc esse, quod in instrumento approbationis ponatur dies, mensis, & annus, quia tale testamentum non accipit vim ex sola scriptura priuata, sed simul ex publico instrumento approbationis, per quod perficitur, & probatur: vnde satis est, quod in illo ponatur tempus, quemadmodum quando testamentum scriptum est per testatorem, opus non est juxta eandem Ordin. vt testator illud subscribat, sed sufficit, & requiritur, quòd subscribat instrumentum approbationis, vt ex *superiore sect. constat.* Si verò testamentum priuata manu scriptum, fuerit Nuncupatiuum; tunc tam secundum jus commune, quàm secundùm Lusitanum, non desinet ex eo capite esse validum, cùm scriptura, siue publica, siue priuata, de substantia talis testamenti non sit, vt non semel in superioribus aduertimus. Credo autem, quod secundum Ordin. Lusit. *lib.* 4 *tit.* 80. *§.vlt.* tale testamentum solùm valebit, si fiat tempore mortis, quæ re ipsa sequatur, vt *supra, § præcedenti* notauimus pro simili testamento per publicam scripturam facto.

Dico tertiò, eâdem ratione, & in eisdem cuentibus, in quibus ad valorem testamenti per scripturam facti necessarium est fieri in ea mentionem temporis, necessarium pariter est, fieri mentionem loci, in quo testamentum fit. Sic docet Ant. Gom. Sanch. & Cardos. *locis citatis*, vbi alios referunt. Et quidem quod ad valorem cujuslibet scripturæ publicæ necessarium sit exprimi non solùm tempus, sed etiam locum, communis sententia docet, quam latè ex jure, & Doctoribus probat Couar. *Quæstionum Pract. cap.* 20. *num.* 3. & Caldas *tract. de Emptione, & venditione, cap.* 5. *à num.* 9. vbi speciatim notat non satis esse exprimi oppidum, vt dicêdo, *Eboræ, Conimbricæ, &c.* sed oportere vt exprimatur locus particularis, vt domus in qua fit scriptura. Id, quod expressé cauetur in hoc Regno *lib.* 1. *Ordin. tit.* 80. *§.* 7. 43

§. 2. *Vtrum quando in scriptura testamenti reperitur aliqua rasura, cancellatio, interlinea, vel quid simile, tale testamentum vitietur.*

SUMMARIUM.

Quando in scriptura testamenti reperitur rasura, cancellatio, vel similis macula, non in parte substantiali, sed in ijs quæ scribuntur ad ornatum, vel alium effectum accidentalem, non redditur testamentum vitiosum, nec suspectum, num. 44.

Quando rasura, cancellatio, vel similis macula, facta est in parte substantiali concernente totum testamentum, redditur totum ipsum testamentum suspectum, vt quando est facta circa tempus, aut locum, vel aliquid aliud pertinens ad solemnitatem scripturæ, vel testamenti. Si autem sit facta in parte non

concernente totum testamentum solùm quoad eam partem testamentum erit suspectum, num. 45.

Si constet, quòd per errorem, aut sine jussu testatoris aliquid deletum, vel superadditum est in scriptura testamenti, non vitiatur testamentum, nec variatur, etiam quoad ea quæ deleta sunt, si possint legi. Et quid si legi non possint? num. 46.

Quid, si constet rasuram, interlineationem, aliamue emendationem factam esse consultò ex voluntate testatoris? num. 47.

Si testator aliquid substantiale concernens totum testamentum cancellauerit, declarando se id fecisse ob aliquam causam non concernentem totum testamentum, & postea ipsum testamentum fuit ritè consummatum, solùm vitiatur pars, quæ per illam causam cõcernitur, nisi constet testatorem voluisse infirmare totum testamentum. Et quid, quando cancellatio, vel abolitio facta est ex voluntate testatoris in parte nõ concernente totum testamentum? num. 48.

Vnde constare possit cancellationes, rasuras, interlineationes, abolitiones, &c. quæ in testamento fuerunt repertæ, factas esse de voluntate testatoris, vel per errorem, aut non volente testatore? num 49.

Quæ fides adhibenda sit notario, qui in margine testamenti, vel post subscriptionem, aut signum suum, scripsit se fecisse talem rasuram, vel cancellationem, &c. de mandato testatoris, vel per errorem? num. 50.

Vtrum possit probari veritas testamenti, seu tolli suspicio falsitatis per testes deponentes, talem, aut talem cancellationem, vel interlineaturam, factam esse de voluntate testatoris, vel per errorem? & quot testes sufficiant? n. 51.

Si ex antecedentibus, vel ex consequentibus purè scriptis in testamento deprehendatur veritas scripturæ, in qua est aliqua macula, sustinebitur testamentum, juxta id, quod ex talibus antecedentibus, & consequentibus intelligetur. Id verò, & quod num. 51. dictum est, non procedit, quando tali modo constat, aliquid, quod legi non potest, esse deletum per errorem, si talis litura fuit facta ante consummationem testamenti, num. 52.

Quid, quando nulla ratione constat, à quo rasura, vel cancellatio, &c. in testamento reperta facta sit, vel quod facta sit per errorem? num. 53.

Si cancellatio testamenti facta sit circa legata, non redditur testamentum suspectum quoad institutionem, & alia capitula separata. Et quid, si cancellatio, vel similis macula sit facta circa institutionem hæredis? ibid.

In dubio censetur cancellatio, quæ in testamento reperitur, facta esse consultò, nisi scripta esset libertas, vel aliquid pertinens ad piam causam, & quomodo id intelligatur? eod. num. 53.

Quando constat testatorem consultò aliquid ademisse, vel addidisse circa institutionem, vel legata post testamentum consummatum an talis ademptio, vel additio valeat, si absq; noua solemnitate, saltem codicillari facta sit? num. 54.

44 SEcunda dubitatio est, quãdo in scriptura testamenti reperitur aliqua rasura, cancellatio, vel interlinea, aut aliquid deletum, vel in margine scriptum, tale testamentum vitietur, vel sustineatur, & valeat, etiam quoad interlineas, & ad marginem scripta? Pro resolutione sit Prima conclusio. Quando rasura, vel cancellatio, &c. non est in parte substantiali; sed in ijs, quę scribuntur ad ornatum, vel alium effectum accidentalem, non redditur vitiosum, nec suspectum testamentum. Ita communis Doctorum cum Glossa *in l. vltim. Cod. de Edicto D. Adriani, verbo, Vitiatum*: & patet, quia vitium in accidentalibus non tollit substantialia.

45 Secunda conclusio. Quando rasura, cancellatio, &c. facta est in parte substantiali, vt circa diem, mensem, & annum, vel

vel circa institutionem hæredis, redditur testamentum suspectum. Ita Alexand. Trintacinq. *lib. 2. Variar. resol. tit. de Fide instrum. resol.* 11. *num.* 2. cum Bartholo, Baldo, Alexand. Jasone *in l. Si vnus, Cod. de Testam.* Et quidem si cancellatio, abolitio, vel interlineatura sit in parte, quæ totum testamentum concernat, vt si abolitum sit tempus, aut locus, vel aliquid aliud substantiale pertinens ad solemnitatem scripturæ, vel testamenti, totum testamentum redditur suspectum. Si autem non concernat totum testamentum, solùm erit suspectum quoad partem, in qua emendatio, aut superscriptio facta est. Vtrumque satis per se patet, & docet bene relatis alijs Trintacinq. *supra, num.* 6. *& sequentibus.*

46 Cæterùm eum prædictis stat, posse esse validum testamentum, in quo dictæ emendationes, vel addimenta reperiuntur, vt expresse habetur *in d. l. Si vnus.* Vbi ca ratio redditur, quia quod aliquid sit interletum, siue subscriptum non pertinet ad juris solemnitatem, sed ad fidei, aut falsitatis quæstionem. Vnde in tali euentu inuestigandum est, vtrum rasura, vel quælibet alia emendatio facta sit consulto, aut per errorem: item an volente testatore, vel non volente? Et tunc, si constet, quod per errorem, aut sine jussu testatoris aliquid deletum, vel superadditum est, non vitiatur testamentum, nec variatur, etiam quoad ea quæ deleta sunt, si legi possint, *l.* 1. *in princ. ff. de Iis quæ in testamento delentur.* Quod si legi non possint, quæ inconsultò deleta sunt; aliunde autem, vt ex antecedentibus aut consequentibus, sufficienter intelligantur; videndum est, an fuerint deleta ante consummationem testamenti, vel post illam: si ante consummationem, non valebunt, nec peti possunt; secus autem, si post consummationem. Sic habetur, *in d. l.* 1. *§. Sed si legi, cum sequenti.* Cujus differentiæ rationem reddit Glossa ibi, *verbo, Factum est*, Bartholus, & alij; quia si testator præstari voluisset, quæ per errorem ante consummatam scripturam testamenti deleta fuerunt, profectò illa refecisset, antequam testamentum absolueret, quod cum non fecerit, præsumitur pænituisse, & priorem voluntatem mutasse.

Si autem constet, quòd consultò ex voluntate testatoris facta fuit rasura, vel interlineatio, &c. certum est non valere, quæ simpliciter deleta sunt, vt satis per se constat. Vtrum autem non solùm quoad partem deletam, sed in totum vitietur testamentum, & nullum reddatur? Respondetur, si deleta sit pars concernens totum testamentum vt tempus, quo testamentum est factum, vel aliqua de solemnitatibus necessarijs, aut nomina hæredum, vel quid simile, totum testamentum vitiatur, & nullum redditur, vt ex communi sententia tradit Ant. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 90. Trintacinq. *d. resol.* 11. *ante dub.* 22. & Molina, *disp.* 153. *num.* 11. Constatque *ex d. l.* 1. *§. Sed consultò, ff. de Ijs quæ in test. del. ex l. Nostram, C. de Testam.* & alijs juribus. 47

Nota verò, si testator ejusmodi partem cancellauerat, declarando se id fecisse ob aliquam causam non concernentem totum testamentum, & postea testamentum fuit ritè consummatum, solùm vitiari partem, quæ per illam causam concernitur, nisi constet testatorem infirmare voluisse totum testamentum. Vt si institueras tres hæredes, & omnium nomina deleuisti, declarans idcirco te id fecisse, quia vnus eorum tibi erat contrarius, tantummodò infirmatur testamentum quoad institutionem illius contrarij, nisi sufficienter constet te simpliciter voluisse totum testamentum euertere: in dubio enim tam legata, quàm institutio aliorum hæredum, vt valida & firma sustinentur. Sic expressè habetur *in l. Cancellauerat, ff. de Ijs quæ in testamento delentur.* Si verò tantummodo sit facta cancellatio, vel abolitio in aliqua parte non concernente totum testamentum, & non constet voluisse testatorem totum testamentum reuocare, sola illa pars infirmatur Sic Anton. Gom. Trintacinq; & Molin. *supra*, constatque aperte *ex d. l. Cancellauerat.* Et notat Anton. Gom. prædicta pro- 48

procedere, non solùm in testamento Clauso, seu in scriptis, sed etiam in Nuncupatiuo in scripturam redacto.

49 Quæres autem, vnde constare possit dictas cancellationes, rasuras, interlineaturas, &c. factas esse consultò, & de voluntate testatoris, vel per errorem, aut non volente testatore? Respondeo, si is, qui testamentum scripsit, siue sit notarius, siue aliquis alius, in ipso corpore testamenti, antequam illud absoluat, declaret se fecisse interlineaturam vel cancellationem in tali loco, satis inde constare, quòd illa fuerunt facta de voluntate testatoris; sicque omnem falsitatis suspicionem tolli, nihilque tales emendationes nocere quominus tota scriptura valeat, & probet; & similiter, si ibidem taliter declaret; *cancellatio, quæ est in tali, aut tali loco fuit facta per errorem, aut inconsultò*, valebit, & probationem faciet, quod ibi cancellatum est. Ita communiter Doctores Barth. Bald. Jason, & alij *in d. l. Si vnus, in fine, Cod. de Testam.* & plures alij, quos citat, & sequitur Trentacinq. *d. resolut.* 11. *num.* 15. Anton. Gom. *in d. l.* 3. *Tauri, num* 91. & Mol. *disp.* 153. *numer.* 12. Constat euidenti ratione, quia ejusmodi declaratio in ipso testamento facta habet diem, & testes, cæterasque omnes solemnitates, quæ ad fidem faciendam sunt necessariæ. Et ita supponitur *in l.* 1. §. 1. *ff. de Ijs quæ in testamento delentur*, vbi tamen aduertitur, si in testamento fuerit scriptum; *lituras, inductiones, superinductiones ego feci*, non videri hoc referri ad ea, quæ inconsultò contigerunt.

50 Si verò notarius in margine, vel post subscriptionem, aut signum suum, similem declarationem faciat dicens, se fecisse talem cancellationem, vel rasuram, &c. de mandato testatoris, controuertunt Doctores, an talis declaratio faciat sufficientem fidem, vt testamentum quoad eam partem non maneat suspectum? Affirmant complures apud Trentacinq. *supra, num.* 14. Meliùs tamen alij negant, quos citat, & sequitur idem Trentacinq. *sub. d. num.* 14. & 16. & Surdus *consil.* 16. *num.* 17. *tom.* 1. quia talis declaratio caret testibus, & die, potestque esse facta ex interuallo, & falsó. Id tamen limitat Surdus *num.* 18. cum Bartholo, & alijs dicens, hoc non procedere quando notarius diceret, se per errorem cancellasse, quòd tunc de suo tantùm facto attestetur.

Videtur etiam posse probari veritas 51 testamenti, seu tolli suspicio falsitatis per testes deponentes talem, aut talem cancellationem, vel interlineaturam factam esse de voluntate testatoris, vel per errorem, vt ex Baldo, Jasone, & Bartholo tradit Trentacinq. *d. resolut.* 11. *num.* 13. *& 19. cum sequentibus*, loquendo generaliter de instrumento dictas maculas habente: additque *num.* 21. licèt Baldus, & Bartholus significent sufficere vnum testem, tamen sibi hoc non placere, cùm vnus testis plenam probationem non faciat: quo indicat requiri saltem duos, & tales, qui plenè probent. Et hęc sententia mihi placet, etiam quoad testamenta. Nam licèt ad valorem testamenti requirantur septem testes, vel saltem quinque, vt in hoc Regno, tamen si testamentum amittatur sine dolo, aut culpa partis cujus interest, potest per duos testes probari, vt notabiliter resoluit Valasc. *de Iure emphyteut. q.* 7. *post numer.* 38. §. *Ex prædictis insurgit.* Similiter ergo, si aliquid in testamento sit cancellatum, aut superscriptum in parte suspecta, duo testes exceptione maiores sufficient ad veritatem probandam: interestque publicè, vt talis probatio admittatur in fauorem testamenti, ne defunctorum voluntates errore, aut fraude cujusquam facilè perimantur.

Item, si ex antecedentibus, vel conse- 52 quentibus purè in testamento scriptis deprehendatur veritas scripturæ rasæ, aut cancellatæ, vel interlineaturæ, aut scriptionis ad marginem, non erit per hæc testamentum suspectum, sed sustinebitur, & probationem faciet, juxta id, quod ex antecedentibus, & consequentibus intelligetur. Sic loquendo in generali de publico instrumento Glossa *in cap. Cum venerabi-*

tabilis, verbo, Propter prædicta, de Religiosis domibus, vbi Panormit. in vltimis verbis, sequuntur Al. xand. Decius, & alij quos citat, & sequitur Trentacinq. *supra, num.* 13. Hic verò aduerte, si ea quæ deleta sunt, non possunt legi, sed solùm extrinsecus, vt per testes, vel per ea quæ in testamento præcedunt, aut sequuntur, intelliguntur, & constat ea esse deleta per errorem; non posse tunc peti quod sic deletum est, si talis litura facta est ante consummationem testamenti, vt jam supra notauimus, & constat *ex l. 1. in princip. juncto §. 2. ff. de His quæ in testamento delentur, juncta Glossâ ibi, verbo, Si extrinsecus.*

53 Quod si nulla ratione constet, à quo rasura, cancellatio, &c. sit facta, vel factam esse per errorem; tunc testamentum saltem quoad eam partem, in qua macula reperitur, non probat, vtpote quoad eam partem suspectum, & sic nullius momenti ad fidem faciendam *d. cap. Cum venerabilis, & ibi Glossa, de Religiosis domibus, & Doctores communiter.* Dico, *saltem quoad eam partem*, quia si pars maculata totum testamentum concernat, quo ad omnes partes redditur inutile, vt ex dict. constat. Si autem non concernat totum, vt quando cancellario facta est circa legata, non redditur testamentum suspectum quoad institutionem, & alia capitula separata, Bald. Felin. & alij *in cap. Ex literis, de Fide instrum.* Trentacinq. *d. resolut.* 11. *num.* 12. & cæteri communiter. Imo si cancellatio, vel similis macula reperiatur facta circa institutionem hæredis, adhuc testamentum valebit, quoad legata, & alias dispositiones, si in tali testamento sit adjecta clausula codicillaris, vt bene aduertit Trentacinq. *supra num.* 11. In dubio autem, an aliquid sit cancellatum per errorem, seu inconsultò; censendum est cancellatum consultò, nisi scripta esset libertas, vel aliquid spectans ad piam causam; nam tunc censebitur cancellatum per errorem, & valebit quod fauore libertatis, vel piæ causæ scriptum erat. Sic Barthol. *in l. Cancellauerat, vers. Nomen,* & indicat, Accursius ibi: *verbo, Induxit, ff. de His quæ in testam. del.* sequitur Mantic. *lib. 12. de Conject. tit. 1. num. 32. & tit. 2. numer. 25.* cum Felin & Couar. quos refert. Addit vero bene idem Mantic. *eod. lib. 12. tit. 1. num.* 30. quod dicitur cancellationem testamenti præsumi consultò factam à testatore, verum esse, si testamentum reperitur apud testatorem, & tunc præsumi esse deletum à principio.

Illud tandem circa omnia prædicta notandum, etiam quando constat testatorem consultò aliquid ademisse, vel addidisse, eam mutationem non valere, si post testamentum consummatum sit facta circa institutionem, vt si cancellauit nomen vnius hæredis, vel alium hæredem scripsit, aliquam ve conditionem institutioni adjecit, nisi omnia de integro facta sint per nouam voluntatem solemnem, quæ sit aliud testamentum validum. Ita Gloss. *in l. Hæredes palam, 21. §. 1. vers. Omnia, per ipsum text.* ibi: *Siquid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt, ff. de Testament.* & alij interpretes ibidem. 54

Si autem mutatio facta sit circa legata, & fideicommissa, distinguendum est. Nã vel est facta per cancellationem, vel abolitionem legati: & tunc perimitur legatũ exceptione; ita vt si legatarius illud petat possit repelli ab hærede, vt bene Petrus Ricciardius *in tit. de Ademption. legat. num. 2. & 21. vers. Vera igitur,* satisque est quòd per duos testes probetur eam mutationem esse factam consultò à testatore; quia per hoc censetur testator reuocasse tacitè legatum: tacita autem reuocatio probatur sufficienter per duos testes, & sufficit ad submouendum exceptione legatarium, Couar. *in Rubr. de Testament. 2. p. num. 21. vers. Quod si codicilli* Mol. *lib. 1. de Primogen. cap. 9. num.* 57. Mascar. plures referens, *conclus.* 1286. *num.* 86. Pichard. *Instit. de Adempt. legat. n.* 39. Vel est facta per expressam ademptionem, vt dicendo, *Non do, non lego talem rem:* vel *Nolo tale legatum valere:* aut quid simile. Et tunc videtur inualida, nisi sit facta per nouam voluntatem solemnem,

nem, saltem solemnitate codicillari, seu coram quinque testibus, juxta communem sententiam, quæ tenet, legata in solemni testamento facta non adimi nisi per aliam voluntatem æque solemnem, vel saltem per codicillum, aut aliam vltimam voluntatem coram quinque testibus declaratam. Quam sententiam probant ex jure, & DD. Couar. *in dict. vers. Quod si codicilli*, Molina, *supra, num.* 56. Alter Molin. *disp.* 212. *num.* 1. & plures alij apud Mascard. *vbi supra.*

At hæc sententia intelligenda est de ademptione, qua legata ipso jure perimantur. Nam vt tollantur exceptione, sufficit contraria voluntas non solemnis, siue sit expressa, siue tacita, vt tradit Glos. *in l. Fideicommissum*, 27. *vers. Probata, Cod. de Fideicommiss.* per text. *in l.* 3 §. *vltim. ff. de Adim. legat.* ibi. *Non solum autem legata, sed & fideicommissa adimi possunt nuda voluntate.* Et ita sufficere reuocationem expressam duobus testibus probatam, vt legata exceptione perimantur, tenent Mascard. *supra, num.* 82 & 86. Pichard. *d. num.* 39. Thom. Valasc *tom.* 1. *Allegat.* 73. *num.* 11. & alij. Quæ sententia maximè procedit in opinione, quam amplexi sumus *sect.* 3. *num.* 29. vbi resoluimus quod legata, & fideicommissa relicta in voluntate minus solemni debentur naturaliter, etiam stando in sententia tenente, hæreditatem nullo modo deberi ex testamento minus solemni.

§. 3. *Vtrum valeat testamentum aliena manu scriptum, in quo ei qui illud scripsit, vel alteri personæ ipsi coniunctæ aliquid relinquitur?*

SUMMARIUM.

Testamentum aliena manu scriptum non valet quoad id, quod scriptor sibi, aut in suum commodum adscripsit, ipseque scriptor incurrit in pœnam falsi ex dispositione Senatusconsulti Liboniani, num 55.

Non valet, quod pater in alieno testamento ascribit filio, etiam si non esset vel etiam ex lege, vt patri non acquiratur vsusfructus, n. n. 56.

Non valet etiam, quod dominus in alieno testamento ascribit seruo, etiam communi; idque etiam quoad partem quæ cedit socio. Et quid si aliquid ascribam mihi, & alteri quem in potestate non habeo? num. 57.

Non valet similiter, quod quis per suum seruum, vel filium, quem habet in potestate, sibi ascribit in testamento alieno, etiam ipso testatore dictante, numer. 58. *Neque quod quis ascribit ei, in cuius potestate est, vt seruus domino, & filiusfamilias patri: neque quod frater ascribit fratri, aut seruus alteri seruo, quando vterque frater est sub eadem potestate patria; aut vterque seruus sub eodem domino. Secus autem si frater ascribat fratri, non existente vtroque sub eadem potestate patria, nisi essent valde amici, & viuerent in communi, num.* 59.

Si filius ascribat matri de mandato testatoris, valet tale legatum, & similiter quod mater ascribit filio, ibid.

Quod pater ascriberet filio militi in testamento commilitonis ipsius filij, valet, eod. num. 59.

Dicta dispositio Liboniani aduersus eos, qui sibi ascribunt in alieno testamento, habet locum, etiam quando quis sub generali verbo sibi ascriberet, vt sub Fratrum, vel proximiorum, &c. *num.* 60.

Dicta Liboniani dispositio non procedit, quando filius emancipatus, qui aliàs successurus erat ab intestato, se hæredem scribit in testamento patris, ipso patre dictante: secus autem si sibi ascriberet legatum, num 61. *Quid si talis filio se hæredem scribenti datus sit cohæres? num.* 62.

An dicta dispositio Liboniani procedat in filiosfamilias sibi ascribente in testamento patris, & in quibusdam alijs sibi scribentibus in testamento eius, cui ab in-

ab intestato successuri essent? num. 63. & seq.

Dicta Liboniani dispositio non procedit in impubere sibi ascribente, numer. 65.

Non procedit etiam dicta dispositio Liboniani, quando testator propria manu subscripsit testamentum: sufficitque subscriptio generalis, quando filiusfamilias, vel seruus sibi ascripsit in testamento patris, vel domini. Si autem scriptor sit extraneus, vel filius emancipatus, necessaria est subscriptio specialis, ad hoc vt talis scriptor possit capere relictum, num. 66.

Quæ subscriptio censeatur generalis, quæ specialis? num. 67.

Solemnitas approbationis, quæ pro testamento Clauso jure Lusitano postulatur, non habet vim subscriptionis specialis, sed generalis, num. 68.

Vtrum, qui aliquid sibi ascripsit in alieno testamento, possit tale relictum capere, si testator in codicillo postea facto, illud specialiter subscribat, & approbet? num. 69. & seqq.

Regulares non prohibentur ascribere, quæ ipsorum monasterijs relinquuntur. Et similiter Prælatus potest ascribere, quæ suæ Ecclesiæ relinquuntur, imo & quæ relinquentur ipsi Prælato, si apud Ecclesiam mansura sint, numer. 72. In Lusitania verò condità est quædam lex noua ad instantiam popularium oppositum statuens quoad Regulares suæ Religioni ascribentes. Et quid de ea lege censeatur? numer. 73.

Qui alio scribente dictant sibi relicta in testamento, non prohibentur illa capere, num. 74.

Non vitiatur testamentum ex eo quod per duos secundùm diuersas partes scriptum sit. Et vtrum is, cui aliquid relinquitur, vtiliter faciat, si ipse scribat partem testamenti, in qua nihil sibi relinquitur, & aliam partem faciat scribi per alium? num. 75.

Non prohibetur quis sibi ascribere fideicommissum, quod sub duplici conditione ei relinquitur, num. 76.

Valet, quod quis sibi ascribit in testamento Nuncupatiuo in scripturam redacto, & quomodo id sit intelligendum? num. 77. Hæc tamen resolutio non est admodum firma, nisi specialis subscriptio testatoris tali relicto accedat, num. 78.

Qui sibi ascripsit in alieno testamento ex voluntate testatoris, potest tale relictum capere & retinere, tam ante, quam post sententiam: neque aduersarius potest illud capere, si sit certus, quod alter ex libera testatoris voluntate ascripsit, num. 79.

De jure communi non prohibetur vir ascribere vxori in testamento alieno. Et quid spectato jure Lusitano? numer. 80.

Tertia dubitatio est, vtrum valeat testamentum aliena manu scriptum, in quo ei qui illud scripsit, vel alteri personæ ipsi conjunctæ, aliquid relinquitur? Generalis resolutio hac in re est, non valere testamentum quoad id, quod talis scriptor sibi, aut in suum commodum ascripsit, ipsumque scriptorem incurrere in pœnam falsi. Ita ex Senatusconsulto Liboniano habetur *in l. Senatusconsulto, & toto fermè tit. Cod. de His, qui sibi ascribunt in testamento, l. Siquis legatum, 6. leg. Filius emancipatus, 14. & leg. Diuus Claudius, 15. ff. Ad leg. Cornel. de Falsis.* Præsumunt enim leges id scribi falsò, seu præter testatoris voluntatem. 55

Vnde constat primò, non valere quod pater in alieno testamento ascribit filiofamilias, vt sumitur *ex dict. leg Filius emancipatus*, ibi: *Nobis, vel ijs quos habemus in potestate, & ex leg. Impuberem, versu, Si ei filio, ff Ad leg. Cornel. de Falsis*; & notant Bartholus, Angelus, & alij quos refert, & sequitur Farinac. *de Falsitate, quæstion. 150. numer. 176.* Gabriel Pereira *decis. 32. n. 15.* cum enim patri competat vsusfructus in bonis, quæ acquiruntur à filio, 56

P quem

quem habet in potestate, sibi censetur ascribere, cùm tali filio ascribit. Si autem quod pater ascriberet tali filio, esset relictum ea lege, vt ipsi patri non quæratur vsusfructus, tunc non habere in eo locum dictam dispositionem Liboniani, credit merito Bartholus *in d. l. Impuberem*, §. 1. cùm in eo euentu eadem sit ratio, atque de filio emancipato, cui pater non prohibetur ascribere, vt notat idem Bartholus, estque communis sententia, quam relatis alijs tradit Farinac. *d num.* 176. Non desunt autem, qui censeant, etiam quando in bonis filio relictis patri prohibetur vsusfructûs perceptio, non valere talia relicta, si à patre scripta sint, eo quod adhuc ipsi patri quæratur commoditas talium bonorum. Ita cùm Jasone sentit Gabriel Pereira *supra*, *num.* 16. *fine.* Non placet tamen hæc sententia. Credo enim in casu proposito, neque commoditatem patri competere, vt bene docet Mol. Jurista *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 19. *numer.* 32. ne mens testatoris ex juris subtilitate fraudetur.

57 Constat secundò, non valere quod dominus in alieno testamento ascribit seruo, etiam communi, idest, ipsius scribentis, & alterius, vt habetur *d l. Filius*, *ff. Ad l. Corneliam de Falsis*, vbi notatur, tale relictum non valere, etiam quoad partem quæ cederet socio, idest, alteri condomino illius serui; quia subducto, seu habito pro non scripto nomine serui, necesse est, vt neutri socio ratione talis serui quidquam debeatur, vel acquiratur. Si tamen mihi, & Titio, quem in potestate non habeo aliquid ascriberem, solùm quoad me redderetur legatum inutile; quia detracto meo nomine, non detrahitur nomen Titij, qui quidem totum consequetur, dimidium jure proprio, & alteram partem jure accrescendi, vt notat Glossa *in d. l. Filius*, *verbo*, *Quæstione*, & Gabr. Pereira *dict. decis.* 32. *num.* 16. vbi etiam pro hac parte refert Bartholum.

58 Constat tertiò, non valere quod quis per seruum suum, aut filium quem habet in potestate, sibi ascribit, etiam ipso testatore dictante. Ita expressè habetur *in l. Diuus*, *vers. Scribere autem*, *ff. Ad leg. Corneliam de Falsis*, notatque Farinac. *supra*, *numer.* 177. & Reynosus *obseruat.* 17. *numer.* 11. Ratio est, quia vt dicitur *in leg.* 2. §. 1. *ff. de Administrat. rer. ad ciuit. pertinent.* quod quis suo nomine exercere prohibetur, id neque per subjectam personam agere debet.

Constat quartò, non valere etiam legatum, quod quis ascribit ei in cujus potestate est, vt seruus domino, & filiusfamilias patri, neque quod frater alteri fratri ascribit, aut seruus alteri seruo, quando vterque frater existit sub eadem potestate patria; aut vterque seruus sub eodem domino. Sic habetur *in leg. De eo*, 10. *ff. Ad leg. Cornel. de Falsis*, vbi ea ratio redditur; quia hujus rei emolumentum ad patrem, donominumue pertinet, ad quem pertineret, si filius, seruusue sibi ascripsissent. Vnde perinde habetur pro non scripto, quod in casu proposito per tales scriptum est, atque si ipsi sibi ascriberent. Si autem filius ascribat matri de mandato testatoris, valet tale legatum, vt habetur *l. Si pater*, *in fine*, *ff. Ad leg. Cornel. de Falsis*; filius enim non est sub potestate matris; vnde etiam econtra, si mater ascriberet filio, valeret scriptum; quemadmodum quod pater ascriberet filio militi in testamento commilitonis ipsius filij, vt significatur *in dict. l. Si pater*, *in princip.* ea ratione, quòd nihil inde patri acquiratur, cum sit bonum Castrense. Item si frater ascribat fratri, non existente vtroque sub eadem potestate patria, valet similiter tale scriptum, nisi fortè ipsi fratres sint valde amici, & viuant in communi, ita vt quòd vni acquiratur, vtrique censeatur acquisitum: in quo euentu non valere quòd vnus alteri ascribit, censuit Gama, & judicauit Senatus Lusitan. vt ipse Gama testatur *decis.* 69. *fine.* 59

Constat quintò, non solùm habere locum dictam dispositionem Liboniani, quando quis hæreditatem, aut legatum sibi 60

sibi nominatim, & in particulari ascripsit, sed etiam quando sub verbo generali, vt sub verbo, *Fratrum*, vel *Proximiorum*, vel *Agnatorum*, aut *similium*, vt ex Aretino, & Syluest. tradit Farinac. *d. q.* 150. *num.* 197.

61 Varijs tamen modis tradita principalis resolutio cum suis corollarijs temperatur, & limitatur. Primò limitatur vt non procedat, quando filius emancipatus, qui aliàs successurus erat ab intestato, se hæredem scribit in testamento patris, ipso patre dictante: tunc enim perinde hæreditatem capiet, ac si ipse pater illum hæredem scriberet. Sic habetur *l.* 1. *Cod. de His qui sibi ascribunt.* Nec obstat *l. Filius*, 14. *ff. Ad leg. Cornel. de Falsis*, vbi filius emancipatus sibi ascribens in testamento patris non excusatur, etiamsi ascripserit jussu patris: hoc, inquam, non obstat; vel quia corrigitur *in d. l.* 1. vt multi volunt; vel certè, quia *d. lex Filius*, procedit de filio ascribente sibi legatum; dicta verò lex 1. de filio ascribente hæreditatem, vt optimè aduertit Bellapertica *in d. l.* 1. Ratio verò hujus limitationis est, quia frustra haberetur talis filius pro non scripto in testamẽto patris, in quo se hæredem scripsit, cùm aliàs, si non esset scriptus, petere posset bonorum possessionem, *Vnde liberi*, & sic obtinere eandem hæreditatem; quæ ratio habetur *in d. l.* 1. *junctâ Glossâ, ibi.*

62 Credit verò Gabr. Pereira *decis.* 32. *sub numer.* 19. *§. Tres casus*, cum Iulio Pac. & Cujatio quos refert, hoc non procedere quando filio, qui testamentum ascripsit, datus esset alius cohæres; quòd tunc ad ipsum cohæredem tota hæreditas deferenda sit per jus accrescendi; & in filio, qui sibi ascripsit, locum habeat dispositio Liboniani. Hoc tamen mihi est valde difficile; quia nec text. *in d. l.* 1. neque alij Doctores, quos multos circa hanc rem legi, talem sublimitationem ponunt, sed indistinctè asserunt, illum filium admitti ad hæreditatem, quã sibi ascripsit. Quod etiam ex æquitate permittebatur jure antiquo *in d. l. Filius*, 14. *§. finali, Ad leg. Cornel. de Falsis.* Vt ibi notat Glossa, *verbo, Dicendum est.*

Vtrum autem similiter dicendum sit de filio in potestate, & de alijs, qui ab intestato successuri essent? Respondetur, quod attinet ad filium in potestate, idem esse dicendum, non tantum ex æquitate, vt in filio emancipato, sed etiam ex rigore juris, juxta Odofredum *in d. l.* 1. *C. de His, qui sibi ascribunt*, & indicat ibi Glossa, *verbo, Dulci officio.* Quod verò attinet ad alios, qui similiter ab intestato venirent, vt patronus, agnatus, vel cognatus, contrarium dicendum esse affirmat Glossa *in d. l.* 1. quam approbat Butrigarius, ibi: licèt addat, dici etiam posse, valere scripta à filio, vel alio, qui ab intestato venturus esset, si tantùm sibi scriberet, quæ ab intestato habiturus erat: secus autem si aliquid aliud. 63

Cæterùm cum in hac re magna sit opinandi facultas, mihi dicendum videtur. Quicumque sibi ascribit, quod illi necessariò competit ex bonis testatoris, seu quod testator illi relinquere tenetur; vt filius legitimam sibi debitam, pater aut mater portionem, qua filius eos priuare non potest, valere tale scriptum; secus autem si scribat quod testator alteri poterat relinquere. Quæ videtur esse sententia Butrigarij *supra.* Neque aliud persuadet ratio *dict. l.* 1. Facit *l. Si quid legatum, in fine, ff. Ad leg. Cornel. de Falsis*, vbi si vxor sibi ascribat dotem, vel creditor quod sibi debetur, neutri suum debitum denegatur. Præcipuè verò moueor hac generali ratione, quia cum quis sibi tantùm ascribit, quod sibi debitum est ex bonis testatoris, cessat omnis suspicio falsitatis, cùm semper id esset habiturus, quanuis in testamento scriptus non esset. Si autem aliquid aliud scribat, talis falsitatis suspicio non tollitur, & ideo tunc locum habet d. dispositio Liboniani. 64

Secundò limitatur eadem principalis resolutio, vt non procedat in impubere sibi ascribente. Sic habetur, *l. Impuberem*, 32. *in princ. ff. Ad leg. Cornel. de Fals.* ea ratione, quòd dolus malus in eam ætatem non cadat, & notat Gabriel. Pereira 65

d. decis. 32. sub num. 19. §. Tertius casus.

66 Tertiò limitatur, vt non procedat, quando testator propria manu subscripsit testamentum: cum hoc tamen discrimine, quòd si filiusfamilias, vel seruus sibi ascribat in testamento patris, vel domini, sufficit generalis subscriptio ad hoc vt filius, vel seruus scribens non solùm euadat pœnam falsi, sed etiam capere possit, quod sibi ascripsit. Si autem extraneus sibi ascribat, necessaria est subscriptio specialis. Ita expressè habetur *in l. 1. §. Ad testamenta, vers. Inter filium, ff. Ad leg. Cornel. de fals.* vbi Glossa *verbo, In extraneo,* notat per extraneum hoc loco intelligi etiam filium emancipatum, *& l. Diuus, §. 1. ff. eodem.*

67 Est autem subscriptio generalis, quando testator aliâ viâ per se ipsum exprimit, illud esse suum testamentum, seque illud approbare, & ratum habere: vel se illud dictasse; aut quid simile continens generalem approbationem totiùs testamenti. Specialis est, cum in particulari exprimit, se dictasse, vel ratum habere tale legatum, vel talem institutionem, quam testamentarius, idest, testamenti scriptor, sibi ascripsit: vel se dictasse & recognouisse, quæ ille sibi ascripsit, eaque rata habere. Ita sumitur *ex d. vers. Inter filium, junct. a Glossa ibi, verbo, Subscriptio;* & tradit relatis alijs Reynosus *obseruat. 17. num. 21.* & Gabr. Pereira *d. decis. 32, num. 19.* vbi tenet, ad generalem subscriptionem sufficere, quòd testator dicat (hoc testamentum dictaui) & *num. 26.* probat, satis esse ad subscriptionem specialem, quòd testator in approbatione testamenti coram tabellione, & testibus dicat, se legisse & vidisse totum testamentum, & quòd vult, vt omnia in eo contenta impleantur: atque ita judicatum esse affirmat.

68 Illud autem non placet, quòd idem Gabr. Pereira *n. 25.* suadere nititur, videlicet, quando fit testamentum Clausum, seu in scriptis, secundùm formam juris Lusitani, quam *superiori sect.* tradidimus, sufficere, & haberi pro speciali subscriptione, solemnitatem approbationis eo jure præscriptam: idest, quod in tergo testamenti apponatur instrumentum publicum approbationis cũ omnibus solemnitatibus, quas lex Regia præscribit. Hoc, inquam, non placet. Contrarium enim docent meritò Gama *decis. 231. n. 4. & seqq.* vbi testatur ita fuisse judicatum in vtroq; Senatu Valasc. *consult.* 178. *n.* 12. *&* 13. & Reynos. *d. obseru.* 17. *n.* 10. quia licet ex illis solemnitatibus appareat, tale testamentum approbatum esse, & habitum à testatore pro suo, valido, & firmo: attamen talis approbatio est generalis, & non confirmat in particulari singula, quę in eo continentur, nisi testator specialiter, modo supra explicato, addat se omnia, & singula legisse, eaq; rata habere. Quare in hoc Regno siquis sibi aliquid ascribat in testamento Clauso solemniter approbato, juxta formam legeRegiâ præscriptam, excusabitur quidem à pœna falsi (ad hoc enim sufficit generalis subscriptio, seu approbatio, vt ex communi sententia tradit Farinac. *d. q. 150. n. 202.* & Reynos. *supra, sub n. 22.*) at non valebit, quòd sibi exarauit, nisi talis testamentarius sit filiusfamilias, aut seruus ipsius testatoris, vel nisi aliquid addatur, quo testator specialiter confirmet, quod testamentarius sibi scripsit, vt ex dictis constat.

Si quæras, an quando aliquid tibi ascripsisti, satis sit, quòd testator in codicillo postea factò id specialiter subscribat, & approbet, ad hoc vt tale relictum capere possis? Respondet negatiuè Reynosus *d. obseruat. 17. à n. 16.* vbi præter alia fundamenta adducit textum *in l. 2. Cod. de His qui sibi ascribunt,* per quem id in specie probari dicit. At oppositum dicendum est, etiam juxta ipsummet textum *in d. l. 2.* vt statim constabit. Ratio est, quia de jure codicillorum est, vt quæcumq; in eis scribuntur perinde habeantur, ac si in testamento scripta essent, vt disertis verbis dicitur *in l. 2. §. 1. ff. de Iure Codicillor.* ergo perinde habebitur, & valebit specialis subscriptio testatoris facta in codicillo pro confirmando relicto, quod testamentarius sibi in testamento ascripsit, atque si esset facta in ipso testamen- 69

mento.

70 Confirmatur primò, nam subscriptio generalis facta in codicillo valet vt is qui sibi ascripsit in testamento, euadat pœnam falsi, vt habetur *in d.l.2. Cod. de His qui sibi ascribunt:* &, vt ibi notat Glossa, *verbo, Ascripsit*, si testamentarius erat filiusfamilias, aut seruus testatoris, valet etiam vt legatum consequatur: ergo similiter valebit subscriptio specialis in codicillo facta, vt etiam extraneus consequi posit, quod sibi ascripsit in testamento; quemadmodum valeret, si in ipso testamento esset facta. Confirmatur secundo, quia si testator in codicillo declaret hæredem à se institutum testamento esse indignum, valet talis declaratio, vt ille priuetur hæreditate, *l. Hæreditas, Cod de His quibus vt indignis:* ergo similiter, si testator in codicillo declaret se dictasse legatum, vel institutionem quam testamentarius sibi ascripsit, ac proinde illum à crimine falsi esse alienum, talis declaratio valebit, vt ille non priuetur tali relicto tanquam suspectus de falsitate, cùm non minus efficax debeat esse declaratio testatoris in fauorem; quàm in odium.

71 Illud etiam addo, quanuis daremus, non sufficere dictam approbationem, seu subscriptionem in codillis factam, vt testamentarius petere posit ex testamento, quod sibi in eo ascripsit, adhuc talem approbationem illi esse valde vtilem; quia si in testamento sibi ascripserat legatum, potest tunc illud petere ex vi codicilli, cum legata codicillis dari, & adimi possint, vt est notisimum. Et si sibi in testamento ascripserat hæreditatem potest illam petere vt fideicommissum, juxta textum *in d.l. 2. §. vltim. de Iure codicil.* vbi habetur, quòd licèt hæreditas testamento inutiliter data non posit confirmari codicillo in ratione hæreditatis (veluti quando testamentum non fuit solemne vt ibi notat Glossa) attamen trahitur ad fideicommissum, & vt sic debetur ei qui in testamento erat scriptus hæres, detractâ quartâ Trebellianicâ.

72 Tertiò limitatur dicta resolutio principalis, vt non procedat, quando Regularis ascribit, quod suo monasterio relinquitur. Ita enim habet praxis, sicque judicatum esse dicit Gabr. Percira *decis.* 32. & meritò, quia Regularis nihil sibi ex tali relicto acquirit, neque ex coquod ascribat suæ communitati, aliquid considerabile consequitur, quod sibi aliunde suppeditandum non esset. Accedit etiam fauor piæ causæ, ratione cujus docet relatis alijs Tiraquel. *de Priuileg. piæ causæ, priuilegio* 93. valere legatum quod Prælatus ascribit suæ Ecclesiæ, vel sibi ratione Ecclesiæ, si apud eam mansurum sit; nihil obstante, quod vsusfructus, vel commoditas cedat ipsi Prælato dum viuit. Vnde etiam potest monachus esse testis in testamento, quo ejus monasterium instituitur, aut aliquod legatum ei relinquitur, *vt sequenti sect. constabit.*

Hoc tamen non est hodie satis tutum in Lusitania, quia in Comitijs celebratis 28 Januarij anno 1641. inter alia, 73 quæ populares aduersus Religiones postularunt, fuit, vt nullus Religiosus posset scribere legatum, aut hæreditatem, quæ suo monasterio relinquatur, ad vitanda grauia inconuenientia, persuasiones, & fraudes, quibus testatores tunc temporis sunt obnoxij, & quòd eo ipso talis dispositio quoad eam partem esset nulla. Cui capitulo (quod est octauum inter ea quæ typis mandata sunt anno 1645.) respondit Rex sequenti anno id sibi placere, seque super hac re legem conditurum; quod & factum est: habeturque ea lex inter quasdam alias, quæ typis sunt mandatæ anno 1648. & est X. in ordine. Audio autem eam non esse hactenus receptam, imò neque publicatam; fortè quòd Regij ministri de ejus justitia dubitarint, cum inducat præsumptionem juris, & de jure aduersus Regulares, quòd aut falsó ascribant suis monasterijs, aut importunis, fraudulentisue suasionibus testatores pertrahant, vt in fauorem monasteriorum disponant. Quod quantũ deroget non solũ auctoritati Religiosorũ, sed etiam Ecclesiasticæ im-

immunitati, qua tam ipsi, quam eorum monasteria gaudent, nemo non videt. Cæterùm quia his non obstantibus, timendum est, ne judices laici prædictâ lege subnixi irrita decernant, quæ Regulares suis monasterijs ascripserint, consultum erit, vt deinceps faciant ea specialiter subscribi à testatoribus, modo supra explicato; vel certè, quia ne hoc quidem videtur satis securum, vt abstineant à talibus relictis scribendis; curando, vt vel manu testatoris, vel alterius personæ scribantur. Quod qua ratione facilè, & sine periculo fieri possit ex proximè dicendis constabit. Tenor, seu dispositio præfatæ legis est, vt testamenta, & codicilli, in quibus Regulares suæ Religioni aliquid ascripserint, non habeantur pro validis, neque implcantur, vel effectum habeant quoad eam partem.

74 Quartò limitatur, seu explicatur dicta principalis resolutio, vt locum non habeat in ijs, qui sibi relicta scribente alio dictant. Ita Glossa *in l. 2. verbo, Dictasse, Cod de His qui sibi ascribunt*, Odofred. *ibi*. Azo. *in summa Codicis, eodem tit. fine*, Farinac. alios referens *d. q. 150. num. 214.* & communis sententia, per text. *in l. Dictantibus, Cod. de Testam.* vbi habetur posse relinqui legata dictantibus testamentum, vel quamlibet aliam vltimam voluntatem. Neque obstat *d. l. 2. Cod. de His qui sibi ascribunt*, vbi dicitur, si testator codicillis significauit, te dictasse testamentum, quo legatum vel fideicommissum tibi reliquit, debere te abstinere à tali relicto, pœnam tamen falsi tibi remitti. Ad hoc enim respondet Glossa ibi: *verb. Dictasse; & in d. l. Dictantibus*, eam L. 2. procedere de eo, qui simul dictauit, & ascripsit; non autem de eo qui tantùm dictauit.

75 Hinc colliges, vtiliter facere, qui scribit partem testamenti, in qua nihil sibi relinquitur; & dictat, facitque scribi per alium partem alteram, in qua sibi aliquid relinquitur à testatore. Hæc traditio caret dubio, quando ipse testator sua manu scribit eam partem testamenti, in qua côtinetur, quod scriptori alterius partis relinquit, vt sumitur *ex d. l. 2. in princip. C. de His qui sibi ascribunt*, & notat ibi Odofredus *in 1. casu*, & Gabr. Pereira *decis. 32. num. 19. in princip.* Si autem non ipse testator, sed aliquis tertius ascribat relictum scriptori alterius partis testamenti, non reperio expressum in jure, aut Doctoribus, posse talem scriptorem illud relictum capere: attamen id mihi facilè probatur ex eo quod tradit Gabr. Pereira, *loco proximè citato*, scilicet, non esse inconueniens, quod vna pars testamenti reperiatur scripta manu Titij, & altera Sempronij, ad quod allegat *l. Diuus Claudius, §. vltim. ff. Ad leg. Cornel. de fals.* Hinc enim planè consequitur, si scriptori vnius partis aliquid relinquatur in parte per alium tertium scriptâ, valere tale relictum, etiamsi fuisset dictatum per ipsummet honoratum; siquidem in hac specie, neque testamentum corruit, ex eoquod per duos secundùm diuersas partes scriptum sit, neque honorato, cui alter relictum ascripsit, objici potest quod sibi ascripserit. Hoc autem intellige, nisi illud relictum scriptum sit per seruum, aut filiumfamilias ipsius honorati, vt ex dictis *num. 58.* constat.

Sextò limitatur, vt non procedat in fideicommisso sub duplici conditione: veluti quando testator, institutis duobus hæredibus, adjiceret, vt si alteruter eorum sine liberis decedat, ei qui superfuerit, & liberos habuerit, hæreditas reddatur: si autem contingat vtrumque absq; liberis decedere, tunc scriptor testamenti hæreditatem consequatur. In hac enim specie decedente vtroque hærede sine liberis, capit hæreditatem scriptor testamenti, vt expressé habetur *in d. l. Diuus Claudius, §. vltim.* Et ita per hunc textum traditam limitationem approbant Glossa, *ibi: verbo, Scripta sunt* Bartholus, & alij quos citat, & sequitur Farinac. *d. q. 150. de Falsitate, num. 208.* 76

Septimo limitatur, vt non procedat in testamento Nuncupatiuo in scripturam redacto, quando aliquis priuatus sibi in eo ascripsit, & per tabellionem fuit lectum coram testatore, & testibus. Tunc enim 77

enim valere relictum, quod priuatus sibi ascripsit, sentit Gama *decis.* 157. *num.* 3. videturque tenuisse Gabr. Pereira, & Senatus Lusitanus, quem refert *d. decis.* 32. *num.* 27. quatenus judicauit, non valuisse quoddam relictum, quod quidam priuatus sibi ascripserat, & coram testibus legerat, eoquod videbatur legendum esse à notario, non ab ipso scribente. Idem à fortiori sentit Molina *disp.* 125. *sub num.* 5. vbi absolutè docet, valere relictum, quòd scriptor testamenti Nuncupatiui sibi ascripsit, præterquam si ipse scriptor illud legisset coram testatore & testibus, & postea testes talis relicti non recordarentur. Ducitur, quia cùm testamentum Nuncupatiuum non capiat vires ab scriptura, sed à testibus, parum refert ad fidem faciendam, quod ejus scriptor sibi in eo ascripserit, vel non; & ideo si testes in publicatione talis testamenti recordentur, & afferant, eam fuisse voluntatem testatoris, id sufficiet. Et hæc Molinæ sententia mihi placet, si modo intelligatur de testamento priuata manu scripto, nam si scriptum sit à publico notario, capit vires ab ipsa scriptura, ratione cujus non indiget publicatione, nec testes postea interrogantur; & ideo si ipse notarius sibi in eo ascripsit, pœnam Liboniani non effugiet, ut benè cum Bartholo, & alijs Valasc. *consult.* 178 *num.* 13. quod tamen intellige, nisi per testes probet, quod sibi ascripsit, fuisse relictum à testatore; Farinac. cum alijs *d q.* 150. *num.* 183. vel etiam nisi talis scriptura per alium fuisset lecta coram testatore, & testibus, quia tunc etiam cessat præsumptio falsitatis.

78 Ne autem decipiaris, aduerte, quanuis communior Juristarum sententia sit, scriptorem testamenti Nuncupatiui, qui aliquid sibi ascripsit, excusari à pœna falsi in casibus prædictæ limitationis, attamen magis receptum esse apud eosdem Juristas, vt non possit petere relictum, nisi specialis subscriptio accedat. Pro qua sententia multos refert, & sequitur Farinacius *proximè citatus*, & illam esse veriorem dicit Reynosus *d. obseruat.* 17. *numer.* 25. & 26. Quam proinde licèt à ratione alienam existimem, verendum est, ne juxta illam in tribunalibus judicetur; & ideo oppositam, re integra, non consulerem.

Octauò limitatur resolutio principalis, vt locum non habeat ante judicis sententiam, qua pro nullo declaretur quod testamentarius sibi ascripsit, alterique adjudicetur. Sic Molin. *disp.* 125. *num.* 5. & ex eo Lugo Cardinalis *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *num.* 3. Probant, quia leges annullantes, quæ sibi ascribunt; sunt pœnales: lex autem pœnalis ante sententiam non obligat. Quin etiam addunt iidem Doctores, si aduersarius sciat testamentarium sibi ascripsisse juxta voluntatem testatoris, neque vllam admisisse culpam propter juris ignorantiam, non posse etiam post sententiam accipere, vel retinere, quod tali testamentario relictum est; quia vbi nulla est culpa, non potest pœna executioni mandari. 79

Ego verò, & si resolutionem horum Doctorum libenter amplectar, eorum tamen fundamentum non admitto; quia licèt dictæ leges sint pœnales, quatenus irrogant pœnam falsi testamentarijs, qui sibi ascribunt, attamen non irritant, quæ ipsis relinquuntur, in pœnam transgressionis, sed ex præsumptione, quod falsò sibi ascripserint: vnde quando per subscriptionem testatoris, vel alio modo legitimo constat, eos non ascripsisse falsò, nó solùm eos absoluunt à pœna falsi; sed etiam permittunt, vt capiant sibi relicta: quo manifestè indicant solùm punire crimen falsi, quòd subesse præsumunt, non autem ascriptionem. Itaque censeo dictas leges esse merè præsumptiuas, proindeque neque post sententiam obligare, vt testamentarius non capiat, quòd ex libera testatoris voluntate sibi ascripsit: neque aduersarium, si illi constet de tali voluntate testatoris, posse illud relictum impedire, aut sibi retinere; quia vbi constat de veritate, cessat omnis præsumptio in contrarium; & consequenter etiam lex, & sententia, quæ solùm in ea præsumptione fundatur.

Omitto quasdam alias limitationes, 80

P4 quas

quas adducit Farinac. *q.*150. *de Falsitate*, quia solùm excusant testamentarium à pœna falsi, quod ad nostrum institutum non pertinet. Illud autem hîc non omittam, quod habetur *l. Vxori* 18. *ff. Ad leg. Cornel. de falsis* vbi statuitur, non prohiberi virum asscribere legatum suæ vxori in alieno testamento, non videri posse habere locum in hoc Regno, quando matrimonium celebratum est secundùm cõsuetudinem Regni, idest per chartam, vt aiunt, medietatis; imò neque quando celebratum est per dotem, & arrhas sub pacto, quod omnia postea acquisita communicabuntur, vel quòd superlucrata soluto matrimonio diuidentur inter conjugem superstitem, & hæredes defuncti, vt fieri solet, quia in omnibus his casibus vir ascribens suæ vxori, sibi etiam ascribit.

§. 4. *Vtrum probet, & habeat vim testamenti schedula, seu scriptura etiam priuata, ad quam testator se in testamento remiserit?*

SUMMARIUM.

*Resoluitur proposita dubitatio affirmatiuè, num.*81.

Limitant aliqui hanc resolutionem, vt non procedat de schedula continente institutionem hæredis, num. 82. *Hæc autem limitatio excluditur, num.*83.

Rigor L. Jubemus, Cod. de Testam. *vbi postulatur, vt in ipso testamento exprimatur nomen hæredis, ita vt omnino sciant testes, qui hæredes sint scripti, sublatus est jure nouiori, num.*84.

*Testamentum Clausum potest valere, vt Nuncupatiuum, si testator coram testibus ad Nuncupatiuum testamentum necessarijs, dicat illud esse suum testamentum, quanuis in eo contenta illis non manifestentur, & licèt careat aliquo requisito ad hoc vt valeat vt testamentum Clausum, num.*85.

*Institutio hæredis debet fieri expresse, num.*86.

*Vtrum valeat dispositio, qua testator se remittit ad scripturam, quam postea facturus est? num.*87. *& seqq.*

Quarta dubitatio est, vtrum probet, & habeat vim testamenti schedula seu scriptura, etiam priuata, ad quam testator se in testamento remiserit, dicendo; quod vult vt valeat, & impleatur, quod in tali schedula continetur, perinde ac si esset in ipso testamento inserta? Respondetur affirmatiuè. Ita Valascus cum Bartholo, & alij *q.*7. *de Iure emphyt. num.*15. Couar. *de Testament. cap. Cum tibi, num.* 5. & plures alij, quos refert, estque communis sententia, pro qua plures statim referemus. Probatur facilè ea ratione, quia scriptura relata censetur eadem cum referente, eique secundùm juris dispositionem inest. *l. Asse toto, ff. de Hæredib. Instit. l. Si ita scripsero, ff. de Condit. & demonst*, cum similibus. Oportet autem ut certo constet de qua scriptura testator loquatur, additque Couar. referens Bartholum & alios, opus esse vt sit subscripta manu testatoris. Quod mihi placet ad vitandas fraudes. 81

Limitant nonnulli hanc communem sententiam, vt non procedat de schedula continente institutionem hæredis, existimantes debere hæredem exprimi nominatim in ipso testamento, & non sufficere per relationem ad scripturam separatam, in qua scriptus sit. Ita sentiunt Bartholus, Jason, & alij antiquiores apud Couar. *supra*, ea ratione, quia ad formam testamenti spectat vt hæres in eo nominatim exprimatur à testatore, *l. Iubemus, Cod. de Testam.* forma autem nominatim requisita adeò in specie seruari debet, vt per relationem ad aliud suppleri nõ possit, vt apud Doctores receptum videtur. Ita etiam, saltem quando testamentum est Nuncupatiuum, tenent Vasq. *Opusc. de Testam. cap.*1. *§.* 8. *num.*48. & Lugo *d.* 24. *num.*5. Mouentur, quia alioqui quoties fieret testamentum Clausum, posset tale testamentum valere vt Nuncupatiuum, quanuis non legeretur coram testibus, neque alio modo illis manifestarentur quæ in eo continentur. Nam si potest 82

test stare legitimum testamentum, etiam Nuncupatiuum, cum eo quòd testator non exprimat in illo nomen hæredis, cõtentus sola relatione ad schedulam priuatam, in qua illum nominat; profectò cùm in approbatione testamenti Clausi semper testator coram testibus declaret, se intra illam scripturam clausam nominare hæredem, velleque vt valeant omnia in ea contenta, id sufficiet, vt tale testamentum valeat tanquam Nuncupatiuum, si aliàs intentio testatoris non repugnet, nec desint aliæ solemnitates pro tali testamento requisitæ, licèt alioqui careat aliquo substantiali requisito in ratione testamenti Clausi; consequens autem non videtur admittendum: ergo neque antecedens.

83 Nihilominus tamen, valere etiam institutionem hæredis factam in testamento per solam relationem ad schedulam certam, & indubitatam, in qua hæres nominatus sit, vt quando testator diceret, *Instituo hæredem illum, quem scripsi in quadam schedula, quæ est apud Titium*: tenent absolutè Bald. *in d. l. Asse toto*, Couar. *d. num.* 5. Jul. Clar. *lib.* 3. *Sent.* §. *Testamentum*, 94. *num* 3 *& q.* 36. *num.* 2. Mol. *disp.* 127. *num.* 4. Pichard. §. 1. *num.* 40. *Inst. de Testament.* Ludouic. Lana *in quodam breui tract. de Formulis testamẽtorum, consil.* 1. *n.* 66. *qui habetur tom.* 8. *tractatuum nouissimæ edit. p.* 1. *fol.* 186. & plures alij, quos referunt, ex quibus aliqui hanc sententiam dicunt communem, vt videre est apud Julium Clarum *d q.* 36. & reuerà communior est, nec Barrholus contrariam firmat, sed tantũmodo illam insinuat, *l. vlt. Cod. de Fideicommissis, in fine.* Hæc igitur sententia mihi etiam magis placet, & probatur efficaciter *ex d. l. Asse toto* 77 *ff. de Hæred. instit.* vbi cum quidam instituisset tres hæredes, & duobus in testamento nominatis, pro tertio adjecisset, *Quem hæredẽ codicillis fecero, hæres esto*; instituto postea in codicillis Titio, censuit Jurisconsultus talem institutionem Titij valere: & redditur ibi ratio, quia licèt hæreditas codicillis dari non possit, tamen in hoc casu censetur data ex testamẽto, eoquod testator in ipso testamento se ad codicillum retulerit. Vnde habemus, quòd hæres institui potest, non expresso ejus nomine in testamento, sed tantùm per relationem ad aliam scripturam, in qua nominetur. Idem sumitur *ex l. Quoties*, §. *Si quis nomen, ff. eodem*, ibi: *Si quis nomen hæredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstrauerit, quod nihil penè à nomine distat, valet institutio*; & ex similibus, quas adducit Couar. *supra.*

Et hinc ad fundamentum Aduersariorum respondetur facilè, non spectare ad formam institutionis, vt hæres nominatim exprimatur in testamento, sed vt vel nominatim, vel alio modo ita certo, & indubitabili, ac si nominatim exprimeretur. Vnde quando exprimitur per relationem ad aliquam scripturam, opus est, vt certò, & indubitanter de tali scriptura constet, vt omnes citati Doctores aduertunt. Neque in contrarium vrget *d. l. Iubemus, Cod. de Testam.* quia licèt rigorosè admodum requirat, vt testator per se exprimat nomen hæredis, ita vt omnino sciant testes, qui sint scripti hæredes, tamen hic rigor sublatus fuit postea *in Auth. Vt sponsalitia largitas*, §. *Quia verò*, vbi ea lex expressé reuocatur, & permittitur testatoribus, vt secundùm priscam consuetudinem testari possint. 84

Ad id verò, quod Vazq. & Lugo objiciunt, vt saltem in testamento Nuncupatiuo nõ sufficiat relatio ad vllam scripturam, respondetur primò, fortè probabilius, vel certè receptius esse, quod etiam quando fit testamentum Clausum, potest tale testamentum valere solùm vt Nuncupatiuum, si nimirum coram testibus ad Nuncupatiuum testamentum necessarijs testator declaret illud esse suum testamentum; sicut fieri solet, quando testamentum Clausum approbatur, nihil obstante quod non legatur coram illis: nec aliàs in eo contenta illis manifestentur, idque licèt ob defectum alterius solemnitatis non valeat vt testamentum Clausum, seu in scriptis. Ita enim sentiunt 85

Iul.

Iul.Clarus *d q 4.de Testam. num.3.* Azeuedus *lib.5.nouæ Recopilat. tit.4.l.1.numer.66.* Caldas *tract.de Empt.& vendit. cap.19.num.8.* Cabed.*1.p.decis.199.* Barbos. *in Remiss. ad Ordinat. lib.4. tit. 80. §. 3. num. 2.* Menchaca *lib. 2. de Success. §. 11. num. 16.* vbi dicit hanc videri communem sententiam, *& num. 19.* vbi eam appellat communem, Boerius *decis. 240. num. 5. & 6.* & plures alij, quos hi duo postremi Doctores referunt:eandem esse magis communem ait Burgos de Pace *in l.3. Tauri num. 1378.* Et probatur eisdem fundamentis, quibus supra ostendimus posse institui hæredem per hoc, quòd testator se in testamento remittat ad schedulam separatam, in qua illum habet scriptum. Neque obstare debet, quòd videatur aliquantulum recedere à rigore legum præscribentium formas testatorum; quia, vt bene ait Couar. *d. num. 5.in fine*, rationi vtriusque juris non conuenit nimis superstitiosè decisiones seruari.

86 Respondetur secundò, licèt admittamus testamentum in scriptis non posse valere vt Nuncupatiuum, nisi legatur coram testibus (pro qua sententia nonnullos Doctores refert Menchaca *supra*) adhuc non sequi, quòd non valeat institutio facta in testamento Nuncupatiuo, quo testator solummodo coram testibus dicat se instituere hæredem illum, qui reperitur scriptus in aliqua certa scriptura. Ratio diuersa est, quia quando fit testamentum in scriptis, seu Clausum, non dicit testator formaliter, & expresse coram testibus se instituere hæredem, illum qui in dicta illa scriptura est nominatus; sed tantùm quòd illud est suum testamentum, quibus verbis non instituit hæredem: in alio verò casu formaliter,& expresse hæredem instituit, cùm apertè coram testibus dicat,se instituere illum, qui in tali scriptura nominatus reperietur. Neque opponas, quod quando testans in scriptis dicit coram testibus illud esse suum testamentum, saltem virtute, & implicitè dicit se instituere hæredem in illis scriptis nominatum; ac proinde si id non sufficit ad rationem testamenti Nuncupatiui, neque etiam sufficit, quod expressè dicat se instituere illum, quem in tali scriptura nominat; siquidem taciti & expressi idem est judicium;& vtrobique de voluntate testatoris constat. Respondetur enim in hac materia non attendi solùm ad rei veritatem, & certam testatoris voluntatem, nisi sit vestita juris solemnitatibus, ex quibus vna est, vt hæres instituatur expressè, ita vt institutio aliquo loquendi genere sit formata,vt constat *ex l. Quoniam indignum, Cod. de Testament.* quo fit vt non possit hæres institui per nutus, quemadmodum colligitur *ex d. l. Iubemus, Cod. eod. tit.* & notant communiter Doctores.

Maior difficultas est, vtrum valeat dispositio, qua testator se remittit ad scripturam, quam postea facturus est, vt dicendo, *Facio hæredem, vel legatarium eum,quem scripsero in tali libro,vel quem nominauero in scriptura à me postea conficiendâ, quæ in meo scrinio reperietur, quam volo seruari,& valere vt testamentum?* Negatiuam partem videntur approbasse, loquendo secundùm jus commune, & seclusis priuilegiis Valasc. *consult. 104. sub num. 21. vers. Cæterùm,*& Cabedus *1.p.decis.129.num.11.* cum Senatu Lusitano, cujus decisionem refert, circa testamentum cujusdam Dynastæ, qui in libro albo folijs numerato fecit scribi instrumentum approbationis per publicum tabellionem, cum sufficienti numero testium ad testamenti approbationem, juxta Ordin. Regiam, protestando, quòd volebat, vt quidquid in eo libro scripsisset, siue testamentum, siue debita, siue credita, vim haberet, ac fidem faceret: & postea manu propria testamentum scripsit in eo libro. Circa cujus testamenti valorem cum magna esset controuersia in Senatu, consultus ea de re Valascus respondit, verum quidem esse, quod illud testamentum deficiebat in multis solemnitatibus, non solùm juris communis, sed etiam Lusitani; at sustinendum esse, quia fuerat conditum apud Indos, vbi mos est, vt Dynastæ eo modo 87

tes-

testentur. Cabedus autem, qui, vt ipse testatur, fuit vnus è judicibus illius causæ, dicit, judicatum fuisse à Senatu illud testamentum validum, eoquòd esset factum ad pias causas, non autem quod testator gauderet priuilegijs militum, vt aliqui allegabant. Vnde in ea sententia fuisse videntur hi Doctores, vt existimarent nön valere secundùm ordinarias juris regulas, dispositionem qua testator se remittit ad id quod postea scribet. Quod etiam videntur tenere Bartholus, Iul. Clarus, Couar. & alij supra allegati, quatenus admittentes vim testamenti habere schedulam, ad quam testator se remittit, solùm ponunt exemplum in schedula jam facta, & apud certam personam depositâ. Ratio esse potest, quia quod nondum est scriptum & constitutum à testatore, pendet à noua ejus voluntate, quæ non potest habere vim testamenti, neque etiam codicilli, nisi accedentibus nouis solemnitatibus ad testandum, vel codicillandum requisitis.

88 His tamen non obstantibus, contrariam sententiam existimo satis probabilē, & juri conformem. Nam *in d. l. Asse toto, ff. de Hæred instit.* cū testator dixisset in testamento se instituere hæredem, quem postea in codicillis nominasset, decernitur, quòd nominato postea in codicillis Titio, valuit illius institutio. Nec refert, quòd illi codicilli supponuntur postea solemniter facti; nostra verò resolutio procedit etiam de nominatione in scriptura non solemni. Quia in casu illius legis non ideo judicatur valida institutio Titij, quòd codicilli fuerint solemniter facti, siquidem hæreditas codicillis dari non potest, quantumuis solemnibus; sed quia, vt in eadem L. dicitur, censetur hæreditas data testamento, in quo testator se ad codicillos remisit. Similiter ergo ad quamlibet scripturam se testator remittat, dicendo in testamento, quòd instituit hæredem, quem in tali, aut tali scriptura postea nominauerit, valebit ea institutio, non ex vi talis scripturæ, sed ex vi testamenti, si modo (quòd semper necessarium est) certò constet, scripturam postea factam esse illam, ad quam testator se remiserat. Idem colligitur *ex l. Institutio talis, ff. de Condit. institutionum*, ibi: *Si ita scripserit (cujus nomen codicillis scripsero, ille mihi hæres esto) dicendum erit, institutionem valere, nullo jure impediente*: & plures alij sunt textus similes, quos longum esset recensere. Vnde satis patet, posse institutionem factam in testamento pendere ab alia noua voluntate testatoris solemnitatem testamenti non habente. Quare in nostro etiam casu valere potest institutio per hoc, quòd testator dicat in testamento, *Instituo hæredem eum, quem postea scripsero*, licèt pendeat à noua voluntate nō solemni, qua testator postea scribet hæredem quem voluerit; & ita corruit ratio, quam supra pro contraria parte confecimus.

Neque in oppositum facit, quòd reso- 89 lutum fuit circa testamentum illius Dynastæ, qui fecit scribi in suo libro instrumentum approbationis, & postea sine alia solemnitate testamentum scripsit; quia in illo instrumento non dixit se facere testamentum, & quòd relinquebat sua bona illis personis, quas postea scriberet in eodem libro; sed tantùm protestatus est, se velle, vt quæ postea scriberet, valerent, & fidem facerent, siue scriberet testamentum, siue aliquid aliud: vbi nusquam apparet institutio hæredis facta in testamento solemni, neque absoluta, qualis esset, si in illo instrumento diceret, *Se instituere hæredem, quem in ipso libro habebat scriptum*; neque conditionalis, cujusmodi esset, si diceret, *Instituo hæredem, quem postea in hoc libro hæredem scripsero.*. Post hæc scripta deueni inquemdam breuem tractatum Ludouici Lanæ, qui habetur *tom. 8. tractatuum nouissimæ editionis, p. 1 fol.* 180. in quo sunt inserta duo consilia ejusdem Auctoris, quorum secundum totum est circa hanc quæstionem, vbi nostram sententiam amplectitur; tum ex juribus à nobis adductis, tum ex alijs quæ apud illum videri possunt.

(:)

§. 5. *An*,

§. 5. *An, & qua ratione possint plures simul testari in eadem scriptura, seu in eadem charta?*

SUMMARIUM.

In eadem charta possunt plures simul testari, num 90.

Quando plures simul testantur in eadem charta, tot sunt testamenta diuersa, quot personæ testantes, num.91.

Vnusquisque eorum, qui simul in eadem charta testantur, potest pro sua parte reuocare testamentum, num.92.

Quando maioratus est institutus reuocabiliter à duobus, licèt ea institutio sit facta in eadem scriptura, sunt duo primogenia diuersa, & quilibet institu-
83 *torum potest suum primogenium ad libitum reuocare, ibid.*

Quando plures simul testantur in eadem charta, sufficit vna solemnitas pro omnibus, num.93. Quomodo id sit intelligendum? num.94. & seq.

Quando vir, & vxor simul in eadem scriptura faciunt testamentum Clausum secundùm formam juris Lusitani, vnusquisque eorum debet sua manu tradere testamentum tabellioni; & is debet de hoc facere mentionem in instrumento approbationis, numer.95. & seq.

Vtrum, qui simul in eadem charta testantur, possint se mutuò hæredes instituere? num.97. & seqq. vbi quæstio affirmatiuè resoluitur. An in tali casu ille, qui superuiuit, postquam hæreditate prædefuncti potitus est, possit reuocare testamentum? Et, an detur aliquod remedium, quo superuiuens impediri possit, ne reuocare valeat? numer.100. remissiuè.

Vtrum si maritus scribat testamentum, quo ipse & vxor in eadem scriptura se mutuò hæredes instituunt, tale testamentum valeat? Prima sententia affirmat, numer. 101. Secunda, & vera negat valere, quatenus est testamentum vxoris maritum instituentis, num.102.

Donatio reciproca inter conjuges valet, & cur? Sub eodem num.102. fine.

QUinta dubitatio est, an, & qua ratione possint plures testari simul 90
in eadem scriptura, seu in eadem charta? Est dubitatio celebris, & in praxi frequens, in qua plures sunt quæstiones, ex quibus breuiter hic expediemus, quæ hujus loci videntur propriæ, cæteris alio reseruatis. Prima quæstio est, an talis testandi modus admittatur, & sit legitimus? Respondetur affirmatiuè. Ita Barth. *in l. Patris & filij, ad finem, ff. de Vulgari*, per text. *in l. Siquis ex argentarijs, §. Si initium, ff. de Edendo*, Iul. Clar. *§. Testamentum*, q.60. Gama *decis.* 231. *ad finem, & decis.* 258. *numer.* 2. Valasc. *consult.* 7. *num.* 1. *lib.* 1. *& consult.* 178. *num.* 2. *lib.* 2. Molina, *disp.* 152. *num.* 1. & cæteri communiter, per text. *in l. Eoquod à multis*, vbi scribentes, *C. Si certum petatur*. Atque ita habet praxis, citra vllam controuersiam.

Secunda quæstio est, vtrum quando 91
plures sic testantur, sit vnum testamentum, vel plura? Respondetur esse tot testamenta diuersa, quot personæ testantes. Ita cum Barth. Alex. Paulo, Baldo, Tiraquel. & alij Valasc. *dict. consult.* 7. *num.* 2. per text. *in l. Qui tabernas, ff. de Contrah. empt. & in l. Papinianus, §. Sed neque impuberis, ff. de Inoffic. testament.* Consentiunt Gama, *dict. decis.* 231. *fine*, Gonçal. Mendes de Vasconcel. *lib.* 1. *Diuersor. juris argum. cap.* 11. *num.* 3. *argum. l. Scire debemus, ff. de Verb. oblig.* Sanch. *lib.* 5. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 21. *num.* 1. & alij, quos referunt. Ratio patet, quia quòd plures in eadem charta, & eâdem scripturâ testamentum faciant, non tollit quominus vnusquisque per se testetur; atque adeò neque quod quisque suum peculiare testamentum faciat: ergo quot fuerint testantes, tot erunt & censebuntur testamenta. Neque obstat, quod *in d. l. Patris & filij, ff. de Vulgari* testamentum patris, & filij impuberis habetur pro vno. Nam hoc ideo est, quia pater juris beneficio

ficio condit testamentum sibi,& filio pupillariter, idest, testatur pro se, & pro filio. Nostra verò resolutio procedit, quando plures per se testantur, & non vnus pro aliò.

Hinc sequitur, quemlibet eorum, qui
92 simul in eadem charta testati sunt, posse testamentum pro sua parte reuocare. Cum enim re ipsa sint plura testamenta diuersa, nihil vetat quominus vnumquodque eorum possit per se seorsim reuocari à testatore, ex generali regula vltimarum voluntatum, quæ vsque ad mortem disponentis sunt reuocabiles per ipsum disponentem. Et ita docent Oldrad. *cons.* 174. Couar. *rubr. de Testam.* 2 *p num.*8. Gama *d decis.*231.*num* 6. *& d decis.*258.*num.*2. Valasc.*d. consult.* 7.*n.* 5. Vasconcel. *d.cap.* 11. *num.* 2. & cæteri communiter,vt per Valasc. *supra*, & Tiraquel. *de Primogen. q* 68. Ex quibus docet benè Molina Iurista *lib.* 4. *de Primogen.cap.*2.*num.*84. quod quando maioratus est institutus reuocabiliter à duobus, licèt ea institutio facta sit in vna & eadem scriptura, censentur esse duo primogenia diuersa atque separata, ita vt quilibet institutorum valeat primogenium suum ad libitum reuocare.

93 Tertia quæstio est,vtrum quando plures dicto modo testantur in eadem charta, requirantur plures solemnitates, vel sufficiat vna pro omnibus? Respondetur sufficere vnam,idest,septem testes,quando testamentũ fit secundùm formam juris communis, vel quinq; quando secundùm formam juris Lusitani, &c. Ita cum alijs Valasc.*d consult.*7.*n.*3 & Sanch. *d. cap.* 1. *dub.* 11. constatq; ex ipsa praxi. Et ratio est, quia illa vna solemnitas refertur ad omnes personas testantes,nec minus probat,quando pro omnibus simul, quàm cũ pro singulis,vel pro vno tantùm testatore adhibetur.

Aduerte autem primò,quòd stando in
94 terminis juris communis,licèt non oporteat multiplicari septenarium numerum testium, quando plures simul in eadem charta testantur, attamen debere singulos testes in suis subscriptionibus facere mentionem testamentorum, seu testatorum, quorum testamentariæ dispositiones in eâ charta continentur, vt dicendo; *se subscribere, verbi causâ, testamentum Sempronij, & ejus vxoris Bertæ, qui in ea charta testantur* Cum enim sint testamenta diuersa, opus est de quolibet facere mentionem,juxta *l penult.ff. de Testament.*& ita docent Paul. Alex.& alij,quos citat,& sequitur Valasc. *dict.num.*3.*vers. Aduertendum.*

Aduerte secundò ex eodem Valasco, 95
n. 4. quòd juxta formam juris Lusitani, quando plures, puta vir & vxor, faciunt testamentum Clausum in eadem charta, debet vnusquisque per se,vel ambo simul tradere manu sua testamentum tabellioni, & tabellio eos singillatim interrogare, an illud sit suum testamentum? atque in ipso instrumento approbationis mentionem facere, quòd ambo suis manibus ei tradiderunt illud testamentum, & interrogati dixerunt, illud esse suum testamẽtum, &c. Quorum omnium ea ratio est, quia quod resolutum est, sufficere vnam solemnitatem quando plures in eadem charta testantur, intelligitur quoad numerum testium, sigilla, subscriptiones, & alia, quæ singula plures simul personas respicere possunt: non verò quoad ea, quæ ab ipsis testatoribus peragenda sunt, vt etiam aduertit Sanch. *supra*, dicens debere vnumquemq; testatorem per se subscribere. Cum enim vnusquisq; per se testetur, & suum peculiare testamentum faciat,opus est vt vnusquisq; per se præstet, quod jus ab ipsis testatoribus faciendum præscribit; quia cùm sit quid personale, non potest per alium expediri.

Vnde testatur Valascus, quod se hanc 96
doctrinam allegante, judicatum fuit in supremo Senatu hujus Regni, nullum fuisse quoddam testamentũ viri & vxoris alijs in omnibus solemne, quia in approbatione tabellionis,licèt facta fuerit mentio vxoris simul cum viro testantis, tamẽ non fuit declaratũ,quod ipsa etiam manu sua testamentũ tradiderit, & suũ esse declarauerit. Addit prætere a, quòd quando

Q in

in inſtrumento approbationis pro teſtamento uiri, & vxoris non eſt facta mentio vxoris, pluries, & indubitanter judicatum eſt, teſtamentum eſſe nullum. Intellige autem hujuſmodi nullitatem, quãtum ad teſtamentum vxoris, cùm ſolùm reſpectu illius vitium extiterit, prout in ſimili tradit, & judicatum eſſe affirmat Gama, *d. decis. 231. numer. 6.* ea ratione, quia cùm ſint duo teſtamenta diuerſa, & vitium tantummodo reperiatur reſpectu teſtamenti vxoris, non debet vtile vitiari per inutile.

97 Quarta quæſtio eſt, vtrum quando vir & vxor, vel alij ſimul teſtantur in eadem charta, poſsint ſe mutuò hæredes inſtituere, vt nimirum, qui alteri ſuperuixerit, ſit hæres prædefuncti? Ratio dubitandi pro parte negatiua eſt. Primò, quia hujuſmodi mutuæ inſtitutiones videntur captatoriæ, quas jus damnat, *l. Illæ autem, 71. ff. de Hæred. instit. cum ſimil.* & habentur pro non ſcriptis *l. 1. ff. de His quæ pro non ſcript. haben.* Secundò, quia talis inſtitutio mutua præbet occaſionem deſiderandi mortem alterius, ad conſequendam ejus hæreditatẽ: & propterea videtur reprobanda ex not. *in l. final. C. de Pactis, & in l. Qui ſuperſtitis, ff. de Acquir. hæred. & in cap. Ne captando, de Conceſsione præbendæ, in 6.* Tertiò, quia in tali mutua inſtitutione videtur includi conuentio inter ipſos teſtatores, de ſibi ad inuicem ſuccedendo: quæ conuentio ſpeciali fauore militibus permittitur, habetque in eis rationem vltimæ voluntatis, vt eſt textus *in l. Licet inter priuatos, C. de Pactis,* quod autem ſpecialiter aliquibus conceditur, cæteris cenſetur denegari, & ita Sarmiento *lib. 2. Selectar. interpret. cap. 4. n. 3.* ejuſmodi inſtitutiones damnat, dicens eſſe captatorias, & nouiſsimè Antonius Faber, *de Errore pragmatic. decad. 82. errore, 4.*

98 Nihilominus has mutuas inſtitutiones praxis amplectitur, & Doctores communiter approbant, ſi modò mutuis affectionibus, non ex pacto & conuentione fiant. Sic Antonius Gomez *in l. 22. Tauri, num. 18.* Couar. *in Rubr. de Teſtamentis, 2 p. num. 8.* Gama, *d. decis. 231. num. 1.* Valaſc. *d. conſult. 7 num. 6. & d. conſult. 178. num. 2.* Gabr. Per. *decis. 32. ſub num. 21. verſ. Quare cum,* & alij quos referunt: eſtque res hodiè indubitata, & receptiſsima in Tribunalibus, *per l. Captatorias, 70. ff. de Hæred. instit.* vbi à vitio captatoriarum inſtitutionum expreſsè vindicantur, quæ mutuis affectionibus fiunt: adducitur etiam, *l. 1. C. Theodoſ. de Teſtament.* quem ex Alciato refert Valaſc. *ſupra,* vbi laudantur Leontius, & Jucunda conjuges, qui ſe mutuò inſtituerunt, cùm amborum fuerit ſimilis affectus, & ſimplex religio.

Unde non obſtant, quæ pro contraria 99 parte adducta ſunt. Ad primum enim reſpondetur, inſtitutiones, quas jus damdat, vt captatorias, eſſe, quæ conferuntur à teſtatore in alienam voluntatem, vel fiunt ſub conditione captioſa, vt cùm teſtator diceret: *Instituo Petrum, ſi ille viciſsim me, aut Paulum inſtituerit;* qua de re alibi: tales autem non ſunt, de quibus hìc eſt ſermo. Ad ſecundum reſpondetur, cùm hìc loquamur de ijs, qui mutuo amore ſe ad inuicem inſtituunt, non habere locum, vel ſaltem non conſiderari periculum captandi, vel deſiderãdi mortem alterius, cùm ipſe mutuus amor tale deſiderium excludat. Præterea, diſpoſitio, quæ præbet occaſionem deſiderandi alterius mortem, non reprobatur à jure, quando fit de illius conſenſu, vt patet ex *d. l. vlt. C. de Pact. & ſimil.* In noſtro autem caſu talis conſenſus non deeſt. Ad tertium patet reſponſio; ſiquidem noſtra reſolutio procedit, quando teſtatores nõ ex conuentione, ſed ex mutua affectione ſe ad inuicem inſtituunt.

Vtrum verò, etiam in præſenti caſu 100 poſsit ille qui ſuperuiuit, poſtquam ſucceſsit in hæreditatem prædefuncti, eâque potitus eſt, reuocare, aut mutare illud teſtamentum pro ſua parte, & ſubſtitutum, quem ambo de communi conſenſu vocarunt, ſua portione priuare? Reſpondetur affirmatiuè ex cõmuni ſententia, quã relatis alijs tradũt Valaſc *d. conſ. 7. n. 7.* Mol. *diſp. 152.* Sãch. *lib. 4. Opuſc. c. 1. dub. 31.* &

Car-

Cardin Lugo *tom. 2 de Iust disp. 24. sect. 2. num. 45.* At quia plena hujus resolutionis explicatio spectat ad disputationem de Reuocatione testamẽti, eò illam reseruamus; & ibi etiam discutiemus, an dicti testatores, qui se mutuò instituunt, & simul alia de communi consensu disposuerunt, possint se ad inuicem grauare, vt qui superuixerit, non reuocet testamentum, aut vti alio remedio, vel cautelâ, qua adhibita, nequeat superstes reuocare dispositionem, quam firmam esse volunt? Qua de re videri interim possunt DD. *proximè citati*, & Vasconcel. *Diuers. jur. argum. lib. 1. cap. 11. à n 4.*

101 Quinta quæstio est, vtrum si maritus scribat testamentum, quo ipse & vxor in eadem charta, & eodem contextu se mutuò hæredes instituunt, tale testamentum valeat, non obstante dispositione Liboniani, & legum, quæ juxta illud cauent, ne quis sibi in testamento scribat? Respondet affirmatiuè Gabr. Per. *d. decis. 32. num. 21.* Ducitur primò, quia tam Senatusconsultum Libonianum, quàm etiam Claudianum, (quod, vt ille ait, similiter prohibet, ne quis sibi aliquod futurum emolumentum in testamento scribat) obtinet in ijs, qui ad scribenda aliena testamenta adhibentur, & sibi ascribunt. *L. Senatus, Cod. de His qui sibi ascribunt*, ibi: *Ad scribenda testamenta adhibentur:* maritus autem in casu proposito scribit suum proprium testamentum, & non adhibetur ab vxore ad scribendum; sed suam causam agens negotium sibi, & vxori commune gerit; neque est inconueniens, vt partim quis propriam, & partim alienam causam faciat, diuersis respectibus; vt patet in tutore sibi soluente, *l. Quoties §. Sicut, & §. Non autem, ff. de Administr. tutor.* Secundò, quia cùm maritus vxorem post se relinquat hæredem, non debet censeri prohibitus scribere simile beneficium in se ab vxore collatum; cùm ex mutua affectione, & citra fraudis suspicionem tali modo vterque disposuerit: sicut aliàs prohibitâ simplici donatione inter conjuges non prohibetur reciproca, *l. Quod autem, §. 1. vers. Si vir, ff. de Donat. inter vir. & vxorem.*

Vera nihilominus resolutio est, tale testamentum non valere pro parte, qua est testamentum vxoris maritum instituentis Ita Valasc. *d. consult. 178. n. 4.* & Gama dicens ita fuisse judicatum *d. decis. 231. num. 6.* Ratio est facilis, quia in casu proposito est duplex testamentum, alterum mariti, alterum vxoris, vt *supra, n 91.* resolutum est; & maritus vtrumq; scribẽs se hæredem scripsit in testamento vxoris: ergo incidit in Libonianum, & in leges, quibus cauetur, ne quis sibi scribat in alieno testamento, & vt taliter scripta pro non scriptis habeantur. Ad quod in specie facit textus *in l. Quæ in testamento, C. de His qui sibi ascribunt*, ibi: *Quæ in testamento vxoris maritus sua manu legata sibi ascripserit pro non scriptis habentur.* Si enim per hunc textum corruunt legata sibi à marito ascripta, à fortiori corruet institutio, in qua maius est præjudicium. Vnde non immeritò Baldus eum textũ generaliter sumit, dicens, *Maritus sibi ascribens in testamento vxoris incidit in pœnam, & scriptura non valet.* Intelligenda verò est hæc resolutio, nisi vxor ipsum suum testamentum specialiter subscribat, juxta supradicta, *§. 3. n. 66. & seqq.* 102

Fundamenta prioris sententiæ diluuntur facilè. Ad primm respondetur, maritum in casu proposito scripsisse duo testamenta diuersa, & separabilia; & quatenus scripsit testamentum vxoris, reuerà scripsisse testamentum alienum, imo & personæ simpliciter extraneæ, in quo juxta illa Senatusconsulta, & notissimas juris regulas, sibi ascribere non poterat. Quod verò additur, non esse inconueniens vt quis partim suam, & partim alienam causam faciat, procedit seclusa prohibitione juris, & in causis inseparabilibus, vt in exemplo tutoris sibi soluentis. Ad secundum respõdet bene Valasc. *d. consult. 178. n. 15.* rationem falsitatis vitandæ, de qua Senatusconsult. Libonian. tam militare in institutione simplici, quàm in reciproca. Vnde non est simile, quod affertur de donatione reciproca inter conjuges; nam

nam hæc propterea admittitur, quia per eam neuter conjugum fit superior; & ita cessat in ea periculum se spoliandi ex feruore amoris, quæ fuit ratio annullandi donationes inter virum, & vxorem.

§. 6. Qua ratione pro testatore, & testibus nescientibus, aut non potentibus scribere, alius subscribere possit? Et vtrum scriptura testamenti facta per notarium Apostolicum publicam auctoritatem habeat?

103 SExta dubitatio est, quã ratione satisfieri debeat legibus præscribentibus, vt scriptura testamenti, vel instrumentum approbationis subscribatur à testatore, & testibus, si cótingat aliquem, vel aliquos scribere non posse, vel nescire? Respondetur posse vnum ex testibus subscribere pro se, & pro alijs testibus, & testatore nescientibus, aut non potentibus scribere: non tamen videtur satis esse, quod vnam subscriptionem pro omnibus ponat, sed debere facere tot subscriptiones, quot sunt personæ pro quibus subscribit. Item cùm pro alio subscribit debet apponere suum proprium nomen, & cognomen, vt si ego subscribam pro Petro, debeo scribere meum nomen, exprimendo, quòd subscribo loco Petri, eoquod ille nesciat, aut non possit scribere. Potest etiam ille, qui non valet, aut nescit scribere facere subscriptionem alio manum gubernante. Testator autem, vel tabellio non potest subscribere pro testibus, neque hic (juxta probabiliorem sententiam) pro testatore. Hæc omnia ex diuersis Doctoribus tradit Sanch. *tom.* 2. *Opusc. lib.* 4. *cap.* 1. *dub.* 3. *num.* 5. Qui licèt loquatur spectato jure Castellæ, tamen idem hac in re videtur esse de jure Lusitano, & communi; & ita debet obseruari, vbi praxis in contrarium non steterit, de qua mihi non constat. Addo autem, quod secundùm jus Lusitanum, quando testis subscribit loco testatoris, opus est vt statim ibi exprimat, se subscribere de mandato testatoris, eoquod ille nesciat, aut non possit scribere: ita enim præcipitur *lib.* 4. *Ordin. tit.* 80. *in princ. §.* 1. Credit tamen Gabr. Per. *decis.* 81. satis esse quòd testis loco testatoris subscribens dicat, se signare pro se, & pro testatore: vel quod in instrumento approbationis fidem faciat tabellio, testem subscripsisse rogatu testatoris; in quo secundo casu dicit, ita judicatum fuisse à Senatu, consideratis quibusdam circunstantijs, quæ illum errorem excusabant.

Dubitari tandem potest, an scriptura testamenti facta per notarium Apostolicum habeat vim scripturæ publicæ, atque vt talis admittatur etiam in foro sæculari, perinde ac si per notarium Regium esset confecta? Respondetur negatiuè, juxta Ordin. Regiam *lib.* 2. *tit.* 20. vbi notarijs Apostolicis tantummodo permittitur, vt possint facere scripturas de rebus merè spiritualibus, & Ecclesiasticis. Et ita quòd eorum scriptura publicam auctoritatem non habeat in materia testamentorum, tenet cum alijs, spectato jure Castellæ, Flores de Mena *lib. Variar. resolut. q.* 1. *num.* 13. & spectato jure Lusitano, quod hac in parte concordat cum jure Castellæ, Emmanuel Barbosa *in remiss. ad citatum locum Ordination. num.* 6. 104

SECTIO V.

Expediuntur variæ difficultates circa testes qui ad solemnitatem testamenti requiruntur.

QVot testes sint necessarij ad testamentum solemne secundum jus Ciuile, tam commune, quam peculiare hujus Regni, diximus *sect.* 3. vbi etiam tradidimus qualitates, quas eadem jura in illis requirunt, ad hoc vt sint idonei in præsenti materia. Quæ omnia intelliguntur regulariter, idest, seclusis priuilegijs, & casibus specialibus, quos

quos eadem jura excipiunt, de quibus in progressu hujus disputationis agemus. Circa prædictos verò testes nonnullæ sunt difficultates hic à nobis expediendæ.

§. 1. *Vtrum numerus testium, qui jure Ciuili exigitur pro solemnitate testamenti, sit necessarius ad testamenti valorem?*

SVMMARIVM.

IN cap. Cum esses, de Testam. *statuit Pontifex, vt firma maneant testamenta, quæ parochiani fecerint coram suo Parocho, & duobus, aut tribus testibus idoneis. Non tamen per hoc corrigit leges Ciuiles, quæ plures testes exigunt, num.* 105.

Rejicitur quorundam opinio existimantium in dict. cap. Cum esses, *præscribi solemnitatem pro testamentis ad causas pias. Sub eodem num.* 105.

Dispositio dicti cap. Cum esses, *intelligitur pro testamentis conditis ad causas non pias in terris subjectis temporali dominio Ecclesiæ Romanæ, ibid.*

Vtrum extra terras Ecclesiæ, quando causa circa solemnitatem testamenti agitatur in foro Ecclesiastico, judicandum sit juxta dispositionem d. cap. Cum esses? *num.* 106.

Quando quis potest testari secundum jus Canonicum, si non adsit parochus, requiruntur, & sufficiunt loco ejus duo testes; ita vt sint omnino quatuor testes, eodem, num. 106. *Et tales testes possunt esse fœminæ, num.* 107.

105 PRima difficultas est circa numerum testium, quem dictæ leges Ciuiles ad valorem testamenti requirunt. Necessarios enim non esse septem testes, quos ius Cæsareum postulat, neque etiam quinque, quos exigit Ordinatio Lusitana, plane videtur colligi ex *cap. Cum esses, de Testamentis* vbi Alexander III. Hostiensi Episcopo rescripsit consuetudinem requirendi plures, quàm duos, vel tres testes ad valorem testamenti, esse à diuina lege, & Sanctorum Patrum institutis, atque à generali Ecclesiæ consuetudine alienam, cum scriptum sit, in ore duorum, vel trium testium stet omne verbum; proptereaque se illam improbare, decernereque firma, & valida esse testamenta, quæ parochiani coram suo presbytero, & tribus, vel duabus alijs personis idoneis fecerint; tandemque sub anathematis interminatione præcipit, ne quis ejusmodi testamenta rescindere audeat. Quamobrem Panormitanus *in dict. cap. Cum esses*, & in quadam epitome illi adjunctâ, & quidam alij censuerunt, per illum textum correctas esse, & annullatas leges Ciuiles plures testes exigentes ad valorem testamenti. At hæc sententia communi cæterorum Doctorum calculo rejicitur; nam Pontifex non dixit, leges illas esse contrarias legi diuinæ, sed alienas, id est, præter id, quod lege diuina necessarium erat: alioqui ipsemet Pontifex contra diuinam legem exegisset Parochi assistentiam, vltra duos, vel tres testes, qui juxta diuinam legem satis essent.

Neque etiam vera est quorundam aliorum opinio existimantium, Summum Pontificem dictam solemnitatem præscripsisse pro testamentis ad pias causas; cum Pontifex generaliter loquatur; & pro testamentis ad pias causas duo legitimi testes sufficiant, vt habetur *in cap. Relatum*, 1. *eodem tit. de Testament.* vbi nulla fit mentio de Parocho, & ita ejus præsentiam vltra duos, vel tres testes non requiri in testamentis ad pias causas, tenet communis sententia, quam duce Speculatore sequuntur Imola, & Panormit. *in dict. cap. Cum esses*, Julius Clarus, Couar. & plures alij quos citat, & sequitur Valasc. *consult.* 74. *numer.* 5. & Moli. *disp.* 133. *n.* 2. Quare cum *in d. cap. Cum esses*, præsentia Parochi postulatur, & insuper duo, vel tres testes, intelligendum id est in testamentis conditis ad non pia in terris subjectis temporali dominio Eccle-

Eccleſiæ Romanæ, quale erat territorium Hoſtienſe,cujus Epiſcopo illaDecretalis miſſa eſt. Sic habet communis ſententia, quam relatis alijs tradunt Valaſc. *ſupra, num.* 7. Farinac. *in Repertorio de vltimis voluntatibus, q* 61. *num.* 11. & Molina, *d.diſp.* 133.*num.*4.

106 Vtrum autem extra terras Eccleſiæ Romanæ, quando cauſa circa ſolemnitatem teſtamenti agitatur in foro Eccleſiaſtico, judicandum ſit juxta diſpoſitionem *d. cap. Cum eſſes*? affirmant aliqui apud Mol. *ſupra, num.* 7. Verius autem idem Molina diſtinguit, dicens, quòd vel is qui teſtamentum condidit, tenebatur ſe conformare cum diſpoſitione juris Ciuilis, & tunc ſiue cauſa agitetur in foro Eccleſiaſtico, ſiue in Sæculari, judicandum eſſe ſecundum jusCiuile: vel erat exemptus à diſpoſitione juris Ciuilis, & poterat teſtari ſecundum jusCanonicum; & tunc judicandum eſſe juxta diſpoſitionem *d. cap. Cum eſſes*. Nota verò, quòd in hoc poſteriori caſu, ſi parochus non adſit, ſufficiunt & requiruntur loco ejus duo teſtes. Ita Couar. *d. cap. Cum eßes, num.* 13. dicens eſſe communem, Iul. Clarus, §. *de Teſtamentis, q.* 56. *verſ. Sed pone*, & alij quos citant, & ſequuntur Valaſcus *ſupra, num.* 10. Farinac. *d q* 61. *numer.* 8. & Mol. *ſupra, num.* 4. Vnde attento jure Canonico, quatuor teſtes ſufficiunt, quamuis multi, vt Valaſc. fatetur, contrariam ſententiam teneant, & communem dicant.

107 An verò ſecundum idem jus Canonicum ſufficiant teſtes fœminæ? Negat cum alijs Couar. *ſupra, num.* 14. At contrariam ſententiam communem eſſe docent Iaſon, & Crotus, quos citat eos ſequens Valaſc. *ſupra, num.* 11. vbi alios etiam refert, & Mol. *d.diſp.* 133. *num.* 5. & meritò; quia textus *in d.cap.Cum eßes*, ſolùm requirit teſtes idoneos, ſecundum jus diuinum, & quorum teſtimonio Eccleſia vti ſolet; tales autem ſunt omnes,qui ſtãdo in ſolo jure gentium ſunt idonei, atque adeò etiam fœminæ. Quæri hic poſſet vtrum perſonæ Eccleſiaſticæ etiam extra terras Eccleſiæ teſtari poſsint cum ſola prædicta ſolemnitate juris Canonici? At huic quæſtioni commodiùs ſatisfiet infrà agendo de teſtamento Clerici.

§. 2. *Qui poſsint, aut non poſsint eſſe teſtes in teſtamento?*

SUMMARIUM.

Non poſſunt eſſe teſtes in teſtamento, qui carent aliqua qualitate expreſsè requiſita per leges in tali materia: vt qui non fuerint maſculi, puberes, &c.num. 108.

Hæres reſpectu teſtamenti, in quo inſtituitur, teſtis eſſe non poteſt, neque qui ſunt in poteſtate illius, neque ejus pater, in cujus poteſtate ſit, neque fratres, ſi etiam in poteſtate ipſius patris ſint. Neque qui eſt in poteſtate teſtatoris, neque pater, neque qui in poteſtate patris ſit. Et vtrum hæc procedant etiam ſpectato jure Luſitano? numer. 109.

Vtrum filius emancipatus poſsit eſſe teſtis in teſtamento patris: vel in quo pater inſtituitur hæres? ibid.

Neque furioſus, neque mutus, & ſurdus, neque cæcus, neque prodigus, cui bonis interdictum eſt, poſſunt eſſe teſtes in teſtamento,num. 110.

Qui non poteſt eſſe teſtis in judicio, etiam in teſtamento teſtis eſſe non poteſt, num. 111.

Vtrum infamis, ſiue infamia juris, ſiue facti, poſsit eſſe teſtis in teſtamento? & quæ dicatur infamia juris, quæve facti? eod. num. 111.

Qui eſt criminoſus, & talis reputatus tempore teſtamenti, non poteſt in eo eſſe teſtis: & quis cenſeatur criminoſus ad effectum, vt teſtis eſſe non poſsit? ibid. remiſsiuè.

Qui propter aliquod crimen factus eſt inteſtabilis. vt damnatus propter crimen famoſum, is non poteſt eſſe teſtis in teſtamento, eod.num. 111.

Non vitiatur teſtamentum, ex eo quod in illo ſit adhibitus aliquis teſtis inhabilis, si communi opinione putabatur habi-

habilis, num. 112.

Legatarius non prohibetur esse testis in testamento, vbi legatum ei relinquitur, & à fortiori admittuntur, qui sunt sub ejus potestate, & qui eum habent in potestate, num. 113.

Quod proximè dictum est, posse legatarium esse testem, non procedit in testamentis, vbi minor numerus testium sufficit, vt in testamento militis, ad pias causas, vel inter liberos, num. 114. *Neque secundum aliquos in fauorem proprij legati. Et quid circa hoc alij sentiant? Ibid. An procedat etiam in legatarijs, qui non sint testes scripti, aut subscripti in testamento, sed tantum testes judiciarij? num.* 115.

Fideicommissarius vniuersalis non potest esse testis in testamento, vbi fideicommissum ei relinquitur, nisi forte quando hæreditas illi esset restituenda sub conditione incerta, vt Si hęres decesserit sine liberis, *num.* 116.

In codicillis receptius videtur, vt neque legatarius, neque fideicommissarius testis esse possit, ibid.

Stando in jure communi septem testes postulante ad solemnitatem testamenti, non oportet quòd omnes septem sint omni exceptione maiores, num. 117.

Vtrum quando ad valorem testamenti sufficiunt pauciores testes quàm septem, necessarium sit, vt sint omni exceptione maiores? à n. 118. *Sententia Auctoris; num.* 120. *& seqq.*

Quando ex duobus testibus, vnus est aliquantulum suspectus, vel inhabilis, vt affinis, domesticus, &c. & alter probatissimus, & magnæ fidei, suppletur ex hoc defectus alterius, num. 121.

In testamentis, in quibus sufficiunt duo testes, vt in testamento ad pias causas, militis, & inter liberos, non postulatur hic numerus testium, tanquam forma, sed solùm vt constet de veritate, quantum de jure necessarium est, ibid.

Quando duo testes sufficiunt ad valorem testamenti, possint tales testes esse fæminæ, num. 122.

Fæminæ, si nihil aliud obstet, sunt testes omni exceptione maiores in causis ciuilibus; ibidem.

108 SEcunda difficultas est, quinam possint, aut non possint esse testes in testamento? Hac in re certum est, primò, non posse esse testes in testamento, qui carent aliqua qualitate expreisè requisita per ipsius leges in tali materia. Vnde non potest esse testis testamentarius, regulariter loquendo, qui non fuerit masculus, pubes, & liber, aut pro libero habitus, cùm jus Cæsareum has omnes qualitates requirit tam in testamento in scriptis, quàm Nuncupatiuo. Idemque est secundùm jus Lusitanum, præterquam in testamento Nuncupatiuo facto tempore mortis absque vlla scriptura, in quo etiam testes fęminas Lusitana Ordinatio admittit, prout hæc omnia particulatim tradidimus *sect.* 3.

109 Certum est secundò, quod testamentarius testis esse non potest hæres respectu testamenti, in quo instituitur, neque qui in potestate ipsius hæredis sunt, neq; ejus pater, si adhuc ipse hęres in ejus est potestate: neque fratres, qui in potestate talis patris sint. Ita expresè habetur *§. Sed neque hæres, Inst. de Testam. & lib.* 4. *Ordin. Lusitan. tit.* 85. *§. vnico* Item neque qui est in potestate testatoris, neq; ejus pater, neque qui in potestate ipsius patris sit; vt quando filiusfamilias testamentum faceret de bonis Castrensibus, postquam à militia dimissus est, quemadmodum habetur ante *d. §. Sed neque hæres.* Quod, an similiter dicendum sit, spectato jure Lusitano, mihi dubium est, & valde inclino in partem negatiuam; quia de prædictis personis testatori conjunctis nulla fit mentio *in d. tit.* 85. Vbi ex professo agitur de ijs, qui non possunt esse testes in testamento, & cùm ibi Legislator excludat, quos jus commune *in d. §. Sed neque* excludit; cur ibi taceret, quos idem jus commune *præcedenti, §.* excluserat, nisi vt daret intelligi eos à se admitti. Aduerte autem, licèt in d. jure communi solùm exprimatur, non posse filium esse testem in testamento patris,

qui eum habet in potestate, id à Doctoribus extendi, vt etiam testis esse non possit in testamento patris filius emancipatus. Ita ex Bartholo, & Aretino Jul. Clarus §. *Testamentum, q. 55. num. 9.* & Farinac. *de Oppos. contra testes, q. 54. num.* 197. qui addunt, non posse similiter filium emancipatum esse testem in testamento, quo pater instituitur hæres. Hæc autem sententia quoad vtramque partem mihi est valde suspecta.

110 Certum est tertiò non posse esse testem in testamento furiosum, neque mutum, & surdum, neque cæcum, neque prodigum, cui suorum bonorum administratio interdicta est. Ita expresse habetur *d. tit. 85. Ordinat. Lusit. in princip.* Idemque est secundum jus commune: nam quod furiosus testis esse non possit, certissimum est, etiam de jure naturali, habeturque expresse §. *Testes, Inst. de Testam.* vbi etiam excluditur surdus, & mutus, & is, cui bonis interdictum est. Quod autem cæcus etiam excludatur de jure communi, tradit relatis multis Farinac. *de Opposit. contra test. q. 61. num. 23.* vbi ex Corrado, & Viuiano hanc sententiam dicit communem; & probatur facilè, quia testes testamentarij non solùm debent esse præsentes, sed etiam videntes testatorem, *l. Si vnus, l. Hac consultissima, in princip. & §. Per nuncupationem, Cod. de Testamentis.*

111 Certum est quartò, eum, qui nequit esse testis in judicio, neque etiam posse esse testem in testamento, *l. Qui testamento, 2. §. Eum qui, ff. de Testam.* Unde infamis infamiâ juris testamentarius testis esse non potest, vt bene arguit Farinac. *de Oppos. contr. testes, q. 56. num. 43. & q. 62. num. 125.* Quod tamen intelligendum est, dummodo talis infamis sit notorius, & publicus, saltem per sententiam: secus enim est in occulto, vt cum Felino, & cõmuni sententia tradit idem Farinac. *d. q. 65. num. 43.* Contrahitur autem infamia juris, vel ipso jure, quando leges pænam infamiæ infligunt ipso facto: vel per sententiam judicis, vt quando leges pænam quidem infamiæ decernunt; ea verò non imponitur, neque incurritur, nisi per sententiam. Infamis verò infamia facti (qualis est eorum, in quos jura pænam infamiæ non statuerũt; sed tamen aliquod crimen admiserunt, propter quod eorum opinio, fama, & existimatio remanet læsa apud bonos, & graues viros) non redditur inhabilis ad testificandum in ciuilibus, præterquam vbi lex, aut statutum exigit testes omni exceptione maiores, vt per Farinac. *d. q. 56. num.* 108. Et sic non erit simpliciter inhabilis, vt testamentarius testis esse possit, supponendo (quod inferiùs tractandum est) opus non esse, vt testis testamentarius sit omni exceptione maior. Si tamen quis esset criminosus, & talis reputatus tempore testamenti, is etiam non posset in eo esse testis vt per eundem Farinac. *num. 156. & sequenti;* apud quem *à num. 127. vsque ad 134.* videri potest, quis censeatur criminosus, ad effectum, vt testis esse non possit. Constat etiam quoties aliquis propter aliquod crimen factus est intestabilis, idest, inhabilis vt testamentum facere possit, vt qui damnatus est ob carmen famosum, vulgò Satyram, hunc non posse esse testem in testamento. Sic habetur §. *Testes autem, vbi Glossa, verbo, Intestabiles, Inst. de Testamentis, l. His cui, & l. Cum lege, ff. de Testamentis.*

Illud autem circa omnia prædicta diligenter aduerte, quando in testamento esset adhibitus aliquis testis inhabilis, qui communi opinione putabatur habilis, idest, carens vitio inhabilitatem inducente, non vitiari ex eo capite testamentum, vt tenet Gloss. *in d. l. Cum lege, in fine, ff. de Testam.* quam communiter receptam esse affirmat eam sequens Farinac. *de Oppos. contr. testes, q. 62. num.* 130. sequitur etiam Jul. Clarus §. *Testamentum, q. 55. vers. In hoc etiam proposito.* Mol. *disp.* 127. *num.* 8. Idem Farinac. *q. 56. num. 86. & 146.* & alij quos ibi refert. Et quidem quando aliquis seruus communiter existimabatur liber tempore testamenti, posse in eo esse testem, habetur expresse §. *Sed cum aliquis, Inst. de Testam.* 112

tam. & Ordin. Lusitan. *d.tit.85.in principip.*

113 Certum est quintò, legatarium non prohiberi, quominus possit esse testis in testamento, vbi legatum ei relinquitur. Sic habetur *l. Qui testamento, in princip. ff.de Testam. l. Dictantibus, Cod.eod tit. & §. Legatarijs, Inst.de Testam.& Ordinat.Lusit.dict.tit.85.§.vnico in fine.* Vnde à fortiori admittuntur, qui sub ipsius legatarij sunt potestate, & ij qui eum habent in potestate *d. §. Legatarijs, & Ordin.Lusitan.d.§.vnico.* Hanc resolutionem ampliat, & restringit varijs modis Farinac. *de Oppos.cont.test.q. 60. illat.9. à num.*288. tres autem præcipuas limitationes adducit.

114 Prima limitatio est, vt non procedat prædicta resolutio in testamentis, in quibus de jure communi, vel statutario minor numerus testium sufficit, vt in testamento militis, vel ad pias causas, aut inter liberos. Quam limitationem approbat etiam cum alijs Valasc. *consult.* 117. *num.*12. & Gabr. Per. *decis.* 32. *num.*12. *post medium*, & videtur communiter recepta, quanuis eam rejiciat Pichar. *in d. §. Legatarijs, Inst.de Testam.num.*2. vbi contendit, quòd etiam quando in testamento sufficiunt duo testes, vnus ex eis potest esse legatarius. Secunda est, vt quanuis legatarius possit esse testis ad probandam solemnitatem, & veritatem testamenti ad fauorem alterius legatarij, attamen in causa propria sui legati si his contra illud moueatur, non possit in testem recipi. Nonnulli tamen hanc limitationem rejiciunt; & quidem in duobus euentibus locum non habet, juxta eundem Farinacium. Vnus est, quando omnes septem testes in testamento secundum jus commune adhibiti pro eodem legato deponerent; quia cum legatum relinqui possit cum minori numero testium; scilicet quinque, vt in codicillis, non refert, quod vnus ex illis septem probationem non faciat pro legato ipsi relicto. Alter est, quando hæres expressè, aut tacitè approbauit testamentum, vt producendo illud; quod tunc videatur, etiam approbasse legatum in eo contentum: vnde nihil est, quod impediat valere testimonium legatarij, etiam in causa sui proprij legati.

Tertia est, vt procedat in legatarijs, qui 115 sunt scripti testes in ipso testamento, non verò in ijs, qui non essent in eo scripti, aut subscripti, sed simpliciter essent testes judiciarij; cum in his cesset approbatio ipsius testatoris, propter quam illi alij admittuntur. Probat etiam hanc limitationem Gabr. Per. *supra*, dicens videri fallere dictam resolutionem principalem, quando testamentum non est redactum in scriptis per notarium, & pendet ejus validitas à testimonio legatariorum, quòd tunc non videatur valere eorum dictum, cum tendat ad validandum legatum suum, & citat pro hac sententia Abbatem, Felin. Mascard. & alios. Non firmat tamen hanc limitationem Farinac. nam etiam in testamento Nuncupatiuo non redacto in scripturam posse legatarium esse testem, tenent multi, quos citat *num.*307. Et hoc mihi videtur verius; cum leges indistinctè dicant, legatarium posse esse testem in testamento; atque etiam testis adhibitus in testamento non redacto in scripturam ab ipso testatore approbetur. Vnde hanc etiam partem tuetur acriter Pichar. *in d. §. Legatarijs, num* 9.

Quæ dicta sunt de legatario, pari mo- 116 do procedunt in fideicommissario Particulari, qui à legatario non differt: non procedunt autem in fideicommissario Vniuersali; hic enim cum sit successor juris, quemadmodum hæres, testis esse prohibetur in testamento, vt cum Baldo, & alijs innumeris tradit Farinac. *d q* 60. *numer.*302. Qui tamen *num.sequenti*, id limitat, vt locum non habeat, quando hæreditas restituenda est fideicommissario sub conditione incerta, vt quando hæres grauatur restituere hæreditatem, si sine liberis decesserit. In codicillis autem receptius videtur, vt neque legatarius, neque fideicommissarius, etiam Particularis, testis esse possit, vt per eundem Farinac. *supra, num.* 308. Quid tamen nobis videatur, dicemus infra *sect.* 10. §. 4. *n.*245.

Cet-

117 Certum videtur sextò & vltimò, quòd stando in jure communi septem testes postulante ad solemnitatem testamenti, non oportet quòd omnes septem sint omni exceptione maiores; atque adeo, quod si non sint ex ijs, quos hactenus tanquam inhabiles rejecimus, bene possunt admitti in testes affines & domestici testatoris, vel hęredis; ac cæteri, qui alioqui ob aliquam qualitatem, vel circunstantiam integram fidem non facerent, sed tamen facerent aliquam. Hæc videtur esse communis Doctorum sententia, quam varijs in locis tradit Farinac. *de Opposit. cont. testes, ac præsertim, quæst.*62.*num.* 129. vbi remissiuè dicit, admitti in testamentis affines, consanguineos, domesticos, amicos, Iudæos, Hæreticos, excommunicatos occultos, & quosdam alios, de quibus posset dubitari. Eandem sententiam tenet Sanch. *tom.*2.*Opusc.lib.*4.*cap.* 1.*dub.*2.*num.*7. vbi refert alios, qui illam apertè supponunt, tenet etiam cum alijs Valasc. *consult.* 183. *num.* 32. & Reynosus *obseruat.*39.*num.*9. vbi dicit hanc esse communem Doctorum, *in l. Ad testamentum, ff. de Testam.* Ratio est primò, quia cum leges tot testes requirant ad valorem testamenti, si vltra qualitates, quas formaliter & expressè in eis requirunt, necessarium foret vt essent omni exceptione maiores, vix aliquod testamentum fieret validum, cùm difficillimum sit tot integros testes reperiri; præsertim in locis minus frequentibus, & inter personas indoctas, à quibus communiter ignoratur, qui sint testes omni exceptione maiores. Secundò, quia quando concurrunt tot testes, licèt non omnes sint integri, ipse numerus hunc defectum supplet. Tertiò denique, quia ipsæmet leges admittunt in testem legatarium, cùm integræ fidei non sit, propter interesse proprij legati, quod ex valore testamenti dependet.

118 Non mediocris verò controuersia est, vtrum quando per jus commune, aut per aliam legem, vel statutum pauciores testes, quàm septem ad valorem testamenti sufficiunt, necessarium sit vt tales testes sint omni exceptione maiores? Affirmant Decius *consult.*105.*num.*14. Valasc. *consult.*117.*num.*12.*&* 16. Cabedo, 1.*p. decis.* 169. *num. vlt.* dicens ita fuisse judicatum, *& decis.* 170.*num.*4. Tellus Fernandez *in l.*3. *Tauri*,2.*p. num.* 13.§. *Sed quando probetur*, Azeued. *lib.*3. *Nouæ recopilat. legum Castellæ tit.*1.*l.*1.*numer.*44. & plures alij, quos referunt. Præcipuum fundamentum videtur esse, quia si imminuto numero testium, non requireretur, quòd essent omni exceptione maiores, aperiretur locus fraudibus, quas jura maximè vitare intendunt in testamentis.

119 Contrariam nihilominus sententiam tenent Flores de Mena *Variar. quæst. lib.*1 *q.*1. Sanch. *dict. num.*7. referens inter alios Matienzo *in l.* 1. *tit.* 1. *partit.*6. *Glossa* 7.*n.* 10. cum ea limitatione, quam idem Sanch. videtur probare; scilicet, nisi ex alijs conjecturis judex suspicaretur eos testes falsum deponere; vel omnes, vel maior pars essent suspecti; quod arbitrio judicis relinquitur: Reynos. *dict. obseruat.*39.*num.*17. asserens, censeri testes idoneos, & omni exceptione maiores in quolibet testamento, qui non sunt de prohibitis à jure, neque specialiter à testimonio repelluntur in testamentis. Quã sententiam dicit, tenere in specie Burgos de Pace *in l.*3.*Tauri, num.*357.*cum seqq.* Et hinc cùm jure Lusitano *lib.*4. *Ordin. tit.*85. quod in hoc Regno est jus commune, exprimantur personæ, quæ non possunt esse testes in testamento, ibique non repellantur domestici, neque alij aliàs inhabiles, vel minus idonei, docet idem Reynosus *num.* 18. quicumque in ea lege non reperiuntur prohibiti, nullâ exceptione repelli posse in hoc Regno, idque sufficere vt dicantur omni exceptione maiores, juxta *l.*1.*& l. Ex eo, ff. de Testib.* & juxta *cap. vlt. de Præsumptionibus*, Couar. *in cap. Relatum*,1. *num.*6. *de Testam.* & Manticam *de Conjectur. vlt. volt. lib.*6 *tit.*3. *num.* 10. *& seqq.* atq; ita judicasse Senatum in causa cujusdam testamenti Nuncupatiui mense Julij anno 1620.

In-

120 Inter has sententias mediâ quadam viâ nobis incedendum est, dicendumque in testamentis, quę cum duobus tantùm testibus fieri possunt, vt testamentum militis, ad pias causas, & inter liberos, necessarium esse, vt si cum duobus tantum testibus fiant, ij sint omni exceptione maiores: secus autem vbi plures testes interueniunt, nisi fortè omnes, aut maior pars ita essent suspecti, vt omnibus consideratis plenam probationem non efficerent. Prima pars inde mihi probatur, quia duo tantùm testes, si non sint omni exceptione maiores, non faciunt plenam probationem, & ita si plures non adhibeantur, manet testamentum suspectum, & nullum: qua ratione multi Doctores, quos citat, & sequitur Valasc. *d. consult.* 117. *num.* 12. dixerunt, quando duo testes sufficiunt ad valorem testamenti, vt stando in solo jure Canonico, juxta *cap. Cum esses, de Testam.* & in testamento ad pias causas, & inter liberos, non posse legatarium esse testem, eo quod sit suspectus, & cum altero tantùm teste plenè non probet.

121 Addiderim tamen, si vnus testis esset aliquantulum suspectus, vt amicus, vel domesticus, & alter vir probatissimus, & magnæ fidei, suppleri ex hoc alterius defectum, juxta acceptissimam doctrinam, quam latè relatis innumeris Doctoribus tradit Farinac. *de Opposit. contra testes, quæst.* 62. *à num.* 328. quòd scilicet quando concurrunt duo testes examinati, vnus inhabilis, vt affinis, consanguineus, domesticus, infamis infamiâ facti, &c. alter verò plusquam habilis, magna istius habilitas supplet inhabilitatem alterius, per text. *in l. Siquis in argentarijs, §. Cogentur, vers. Quid enim, ff. de Edend.* Quam doctrinam etiam in materia testamentorum approbat Reynos. *obseruat.* 39. *num.* 15. Nec obstat limitatio, quam adhibet idem Farinac. *num.* 149. dicens dictam communem doctrinam non procedere, quando duo testes postularentur pro forma. Nam in testamentis, in quibus sufficiunt duo testes, non postulatur hic numerus, tanquam forma, & solemnitas testamenti, sed solùm vt plenè constet de veritate, quantum de jure gentium necessarium est, vt in testamentis ad causas pias, militum, & inter liberos, vt omnes communiter sentiunt, & videre est apud Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 5 *numer.* 1. vbi loquitur de testamento inter liberos, & Cabedo 1. *p. decis.* 129. *numer.* 11. cum Senatu Lusitano, vbi de testamento ad causas pias; ampliùsque constabit, vbi ad ejusmodi testamenta priuilegiata in particulari descenderimus. Quamobrem, si cum teste defectuoso concurrant adminicula, præsumptiones, & conjecturæ, ex quibus ejus defectus suppleatur, prout suppleri posse tradit relatis plurimis Farinac. *num.* 335. id etiam sufficiet, vt simul cum alio conteste idoneo prædicta testamenta sustineantur.

Illud etiam non omittam, quando duo 122 tantùm testes sufficiunt ad valorem testamenti, posse tales testes esse fęminas, vt expresse docet Farinac. *de Opposit. contr. testes, quæst.* 59. *num.* 80. & constat in particulari per innumeros Doctores, quos idem Farinac. citat, & sequitur *numer.* 68. 70. *&* 71. asserentes in testamentis inter liberos legitimos, ad causas pias, & militum, posse fæminas recipi in testes; eas enim, si nihil aliud obstet, testes esse omni exceptione maiores in causis ciuilibus, communior est Doctorum sententia, vt videre est apud Farinac. *num.* 35. Vnde consequens est, quod in prædictis testamentis priuilegiatis duæ testes fæminæ sufficiant, si aliàs non sint inhabiles, aut suspectæ.

Quod autem, quando in testamento 123 interueniunt plures testes, quàm duo, non oporteat quòd sint omni exceptione maiores, si attentis omnibus, plenam probationem efficiant, probatur facilè; quia talibus testibus adhibitis, neque deest solemnitas, quam leges ex parte idoneitatis testium requirunt, cùm, vt supponimus, non debeant esse ex prohibitis à jure, neque ex ijs, quos leges specialiter repellunt in testamentis; neque etiam deest probatio necessaria, vt de veritate testamenti constet: siquidem vt etiam

am supponimus, non debent esse ita suspecti, vt omnes simul plenam probationem non efficiant. Nihil est ergo, cur vlteriùs requiramus, vt sint omni alia exceptione maiores: alioqui raro inueniretur testamentum in hoc Regno, vbi sufficiunt pauciores testes quàm septem, quod propter aliquem defectum non inualidaretur; quod maximum est absurdum.

§. 3. *An, & qua ratione oporteat, vt testamentarij testes sint rogati?*

SVMMARIVM.

Iure communi postulatur, vt testamentarij testes sint rogati, numer. 124.

Cur id postuletur? num. 125. *An etiam de iure Lusitano id sit necessarium? ibid.*

A quo dicta testium rogatio fieri possit? num. 126.

Quid sufficiet ad hoc vt constet, vel censeatur dictos testes fuisse rogatos? ibidem, & num. 127.

Rogatio testium non requiritur regulariter, nisi in testamentis ordinarijs, numer. 128.

124 Tertia difficultas est, an & qua ratione oporteat vt testes testamentarij sint rogati? Ex dictis *sect.* 3. constat, necessarium de jure communi esse, vt testes sint rogati, sic enim pro testamento in scriptis habetur *in l. Hac consultissima, Cod. de Testam.* & generaliter pro testamentis, *Auth. Rogati, Cod. de Testib. & l. Hæredes palam, §. In testamento, ff. de Testament.* Unde etiam in testamento Nuncupatiuo, & sine scriptura oportere, vt testes sint rogati, docet Glossa communiter recepta *in §. finali, vers. Adhibitis, Inst. de Testam.* Mascard. & alij apud Farinac. *de Opposit. contra testes, q.* 62. *num.* 138.

125 Ratio autem, cur rogatio, seu vt Iurisftæ loquuntur, rogitus horum testium postulatur, triplex afferri solet. Prima, quia cùm in testamentis maximum subsit fraudis periculum, voluere leges, vt non sufficerent testes fortuiti, vel qui se ipsos ingererent, sed tantùm qui rogati accederent. Secunda, vt appareat, verba testatoris non perfunctoriè, aut blandiendo prolata esse, sed ex vero animo testandi, qui bene determinatur ex eo, quòd ipse testes ad hunc effectum vocarit. Quæ ratio pro testamento militis redditur *in l. Diuus, ff. de Milit. testam.* Tertia denique vt appareat, testes non venisse inuitos, quia si inuiti adhibeantur, non valet testamentum; *l. Qui testamento, 2. §. vlt. ff. de Testam.* Vtrum verò in hoc Regno sit necessarium adhiberi testes rogatos? Negatiuè respondimus *sect.* 3. *n.* 35. Quamuis Gama, & Negreiros ibi relati contrarium sentiant: quibus nunc addo Reynosum *obseruat.* 39. *numer.* 3. & Ægyd. Lusit. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* 2. *p. initio, num.* 15. eandem contrariam sententiam magis probantes, non obstante, quod jure Regio non exprimatur, vt testes sint rogati. Et quidem hæc sententia tutior est, ac re integra in praxi cōsulenda,

Hæc testium rogatio fieri potest, vel ab ipso testatore, vel à notario, vel etiam ab externo de consensu testatoris, vt tradunt Farinac. *d. q.* 62. *num.* 155. vbi plures refert, Emman. Barbosa, *in Remiss. ad Ordin. Regiam, lib.* 4. *tit.* 80. *§.* 1. *n.* 7. & Reynosus *obseruat.* 39. *num.* 5. Satis etiam est, quod fiat à quocumque præsente testatore, quia tunc ipse mandare intelligitur, vt cùm Mascardo, Surdo, & alijs notat idem Reynosus. Præterea, licèt hæc solemnitas, cùm sit extrinseca, non præsumatur, tamen sufficienter probatur, non solùm per duos testes, si de tali rogatione attestentur, sed etiam ex simplici assertione notarij in instrumento approbationis, vt notant Farinac. *supra, num.* 159. *& sequenti.* & Reynosus *d. obseruat.* 39. *num.* 6. 126

Imo quoties testes se subscripserunt in testamento, id sufficit vt censeantur rogati juxta Barthol. & plures alios, quos sequitur Farinac. *d. q.* 62. *num.* 162. Reyno- 127

nosus *supra*, quod etiam videtur tenere Sanch. *lib.4 Opusc. cap.1. dub. 2. num.9.* vbi alios refert. Hoc tamen limitant Mantica *de Conjectur. vlt. volunt. lib. 2. tit.11. num.9.* & Farinac. *supra, n. 166.* cum alijs quos citant, vt solùm procedat, quando testes se subscripserunt sciente, & patiente testatore; idque meritò; nam si testator ignorat testem subscribere, quemadmodum ignorans non potest rogare, sic non potest sumi conjectura, quòd testis fuerit ab eo rogatus, *l. Qui ad certum, ff. Locati.* Vtrum autem in dubio præsumatur scientia, vel ignorantia testatoris in hoc casu? Respondet Mantica *supra*, præsumi scientiam. Addit præterea idem Mantica *num. 11.* præsumi etiam testes rogatos, quando sciente testatore permiserunt se describi in testamento: idemq; approbant Reynosus Sanch. & alij *supra citati.*

128 Quæ dicta sunt de necessitate, & modo rogandi testes, procedunt in testamentis ordinarijs. Vtrum autem etiam in priuilegiatis, vt in testamento ad causas pias, militis, inter libertos, &c. & an etiam in codicillis, & donatione causâ mortis? Dicemus commodiùs, cum de his vltimis voluntatibus in particulari egerimus. Nunc sufficiat dicere in generali, rogationem testium non requiri regulariter, nisi in testamentis ordinarijs, vt tradit Farinac. *d.q.62. à num.150.*

§. 4. *Vtrum Religiosus possit esse testis in testamento?*

SVMMARIVM.

Religiosi possunt esse testes in testamento, licèt sint Franciscani, & licèt in ipso testamẽto aliquid relinquatur eorum monasterio, num.129.

Vtrum Religiosi indigeant licentiâ Superioris, vt sint testes testamentarij, vel instrumentarij? numer. 130. & sequenti.

Licèt Religiosi indigeant licentiâ Superioris ad testificandum coram judice alieno, attamen ea licentia non est necessaria ad valorem testimonij, nisi pars defectum licentiæ opposuisset, & nihilominus Religiosus absque ea testificaretur, num.132.

Etiam Religiosi Societatis possunt esse testes instrumentarij, & testamentarij absque licentiâ Superioris, ibidem.

Clerici Sæculares sunt testes idonei testamentorum, etiam absque licentia Episcopi. Et quid, si testamentum sit ex ijs, quæ indigent publicatione, & examine testium? num.133.

Quarta difficultas est, vtrum Religiosus possit esse testis in testamento? Respondetur affirmatiuè ex communi sententia, quam relatis multis tradunt Farinac. *de Opposit. contra testes, quæstion. 61. numer. 126.* & Sanch. *tom.2. in Decal. lib.6. cap. 13. numer. 100.* Quæ resolutio procedit etiam in Religiosis Franciscanis, vt cùm Barthol. Jason & alijs tradit idem Sanch. *numer. 101.* & notat relatis alijs Farinac. *tum loco proximè citato,* tum etiam *quæstion. 60. numer. 466.* Neque enim interdicitur, aut eorum instituto repugnat, quòd sint testes, cùm pecuniam non contre[ctent], neque aliud judiciale exerce[ant]. Procedit quoque, vt etiam in testamento, quo aliquid monasterio relinquitur, possint Religiosi talis monasterij esse testes. Sic Farinac. *dict. quæstion. 60. numer. 468.* & Sanch. *dict. cap. 13. numer. 102.* Ratio est, quia quando causa non spectat ad speciale commodum singulorum, sed Vniuersitatis, vel Collegij, quilibet de tali Vniuersitate potest esse testis in ea causa: cum enim non agatur de propria & immediata vtilitate singulorum, sed totius communitatis, nullus particularis in tali causa testificans censetur in propria causa testificari, & ita valet ejus testimonium, vt optimè docent Barth. *in l. In tantum, 3. num. 1. ff. de Rer. diuis.* Sanch. *supra,* & plures alij, quos citat & sequitur Farinac. *supra, à num.430.* vbi plures ampliationes hujus doctrinæ adducit. 129

130 Dubium verò est, an exigatur licentia proprij Superioris, vt Religiosus sit testis? Affirmant Faber §. *Testes autem, num.*3. *Inst. de Testam.* Farinac. *de Opposit. contr. testes, q.* 61. *n* 128. Mascard. & alij apud Sanch. *supra, num.* 105. Idem sentit Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, n.* 28. & Vazq. *Opusc. de Testam cap.* 1. § 3. *dub.* 1. *n.* 13. Quæ sententia probari potest primò, *ex cap. finali,* 14. *q.* 2. ibi: *Quamquam sacerdotum testimonium credibilius habeatur, tamen ipsi in sæcularibus negotijs pro testimonio, aut conficiendis instrumentis, non rogentur, quia eos in talibus rebus esse non conuenit.* Secundò, quia vt Religiosus tanquam testis in judicio deponat, certum est exigi licentiam Superioris, vt cum multis Sanch. *num.* 103. Cùm enim judex, qui juramentum petiturus est tanquam à teste, non sit proprius judex Religiosi, non potest is ab illo exactus testificari, aut sponte se illi subjicere? Ergo etiam vt sit testis testamentarius, licentia Superioris exigitur, præsertim si testamentum indigeat publicatione judiciali, quæ fit præuiâ interrogatione testium. Alia fundamenta adducit Farinac. *dicta quæstione* 61. *numero* 131. & *sequentibus.*

131 Nihilominus multò verius esse, nullam exigi licentiam Superioris, vt Religiosus sit testis instrumentarius, aut testamentarius, sed tantùm vt sit testis judiciarius, tradit Sanch. *d. cap.* 13. *num.* 106. cum Paulo Castrensi, Socino, Syluano, Burgos de Pace, Gregor. Lop. & alijs, quos ibi refert. Consentiunt Baldus, & Jason apud Vazq. *supra*, dicentes posse Religiosos esse testes in testamentis sine licentia Superioris. Quę sententia mihi etiam probatur; quia nullibi id interdicitur Religiosis; neque id est alienæ jurisdictioni se subjicere; cùm scribi, vel adesse vt testem non sit actus qui fiat ex præcepto judicis. Vnde licèt testamentum sit Nũcupatiuum indigens publicatione, & examinatione testium, bene potest Religiosus illi adesse vt testis, & solùm requiritur licentia Superioris tempore publicationis, seu depositionis coram judice, vt in hac specie fatentur Faber, Anton. Gom. & Vazq. *supra, citati,* & Molina *disp.* 127. *num.* 10.

Addo præterea, quod licèt Religiosus indigeat licentiâ Superioris ad testificandum coram alieno judice: attamen talis licentia non est simpliciter necessaria ad valorem testimonij, vt tradunt Abbas Sylu. Roland. Burgos de Pace, & plures alij, quos citant, & sequuntur Farinac. *d. q.* 61. *n.* 134. Sanch. *d. cap.* 13. *num.* 118 & in specie de testamentis Mol *proximè citatus*, dicens hanc esse communiorem Doctorum sententiam: aliqui enim illi contradicunt, quos refert Sanch. *sup. numer.* 107. Eam tamen non immerito limitat idem Sanch. *num.* 110 cum Bartholom. Socino, vt procedat nisi pars defectum licentiæ opposuisset, & nihilominus Religiosus eâ carens ad testificandum admitteretur. Aduertit præterea vtiliter idem Sanch. *num.* 105. prædictam resolutionem principalem procedere etiam in Religiosis Societatis, quòd scilicet possint esse testes instrumentarij, & consequenter etiam testamentarij absque Superiorum licentia, quòd id in eorum Cõstitutionibus non reperiatur prohibitum, licèt *in* 6. *p. cap.* 3. instruantur Superiores, in quibus casibus debeant concedere, aut non concedere facultatem vt subditi in judicio testificentur. 132

Quoad Clericos Sæculares conueniunt Doctores, eos esse testes idoneos testamentorum, etiam sine facultate Episcopi, vt affirmat Mol. *d. disp.* 127. *num.* 11. & videtur tradere Farinac. *d. q.* 61. *num.* 79. vbi cum multis alijs asserit, non esse dubitandum etiam clericos posse recipi in testes in testamentis laicorum. Addo tamen; si testamentum sit ex ijs, quæ indigent publicatione, & examine testium, non posse clericum testem examinari, & deponere coram judice sæculari absq; licentia Superioris, ex traditis per Farinac. *d. q.* 61. *num* 83. Quanuis si absq; licentia testificetur, valcat testimonium vt idem Farinac. *num.* 84. cum multis alijs tradit, & constat à fortiori ex proximè dictis circa Religiosos. 133

§. 5. *Quid*

§. 5. *Quid censendum de testamento, quando vnus vel plures testes in eo descripti, illi postea contradicunt?*

SUMMARIUM.

Qvibus modis censeantur testes contradicere testamento? num. 134. *Non officit testamento, quod plures testes, quàm necessarij, in eo sint adhibiti; ibid.*

Quando testamentum fuit factum cum solis testibus necessarijs, si vel vnus ei contradicat, redditur suspectum, & non sustinetur vt validum; num. 135. *Aliqui tamen contrarium sentiunt, ex multis fundamentis; numer.* 136. *Prior autem sententia præfertur, & ejus rigor aliquibus moderationibus temperatur; num.* 137. *& seqq.*

Testi asserenti se interfuisse testamento, at non intellexisse testatorem, non creditur: neque inde vitiatur testamentum; num. 139. *Et idem est, si testis dicat se adfuisse, at non vidisse testatorem, si de hoc non reddat sufficientem rationem; numer.* 140. *Et similiter si dicat se non recordari, & quomodo id sit intelligendum? num.* 141.

Quando vnus ex testibus necessarijs contradicit testamento, licèt reddatur suspectum, attamen si habeat clausulam codicillarem, & testes sufficientes ad codicillum pro eo deponant, valet vt codicillus; num. 142. *& seq.*

Quando omnes testes testamentarij contradicerent testamento, redditur nullius effectus; & an censeatur falsum? num. 144.

Quando in testamento sunt descripti plures testes quàm necessarij, tunc si vnus testis supernumerarius ei contradicat, non redditur suspectum, numer. 145. *Quid si duo, vel plures ex supernumerarijs contradicant? ibidem, & num.* 146.

134 Qvinta difficultas est, quid tenendum de testamento quando vnus, aut plures testes in eo scripti, illi postea contradicunt? Vt quando dicerent se non interfuisse tali testamento; vel se non fecisse tale signum, aut non cognouisse, aut non vidisse faciem testatoris, vt quia erat sub cortina; vel non ita dixisse testatorem, vt in testamento refertur, sed aliter, aut quid simile pertinens ad substantiam testamenti? In qua difficultate duo casus sunt distinguendi. Primus est, quando testamentum fuit factum adhibitis tantùm testibus necessarijs, nimirum septem, vbi seruatur jus commune, quo hic numerus præscribitur; vel tantùm quinq; prout jure hujus Regni necessarium est. Secundus est, quando adhibiti sunt plures testes, quàm necessarij, vt si in hoc Regno adhiberentur septem, vel octo; posse enim adhiberi testes supernumerarios ex abundanti cautela, indubitati juris est, vt præter alios aduertit Valasc. *consult.* 183. *à num.* 45. & patet *ex l. Testamentum non ideo,* 17. *Cod. de Testam.* ibi: *Necessaria prætermissa imminuunt contractus, & testatoris officiunt voluntati, non abundans cautela:* vbi Alexander, & communiter scribentes; & ex *l. Non solent,* 95. *ff. de Reg. jur.* ibi: *Nō solent quæ superabūdant vitiare scripturas, & testes superabundantes adjecti.*

135 In primo igitur casu communior sententia est, si vel vnus tantùm testis cōtradicat testamento, reddi eo ipso testamentum suspectum, subuertiq; illius fidem, & consequenter non sustineri vt validū, nō solùm quādo alij testes nihil pro ipso testamento deponunt, vt quia sunt absentes vel mortui, sed etiam quando deponunt pro illo. Ita censet vterq; Socinus, Senior *cons.* 28. *in princ. lib.* 3 *& consil.* 92. *col.* 1. *vers. Nec obstat, eod. lib.* Junior *consil.* 88. *n.* 12. *& consil.* 132. *n.* 5. *lib.* 3. Alexand. *cōsil.* 17. *n.* 15. *lib.* 3. Alciatus *responso, seu cōsil.* 599. *per totū.* Menoch. *de Arbitrar. judicū sētētijs, lib.* 2 *cētur.* 2. *casu,* 105 *n.* 13. *&* 16. & alij, quos citat, & sequitur Valasc. *d. cōs.* 183 *à n.* 6. Probāt, quia vel vno teste necessario contradicente deficit forma

testamenti, cùm careat integro numero testium, quem leges pro forma, & solemnitate simpliciter necessariâ ad valorem testamenti requirunt: vbi autem deficit forma necessaria, vel aliqua illius pars, etiam minima, corruit actus, vt per Gamam *decis.* 45. *n.* 3. & multos alios apud Tiraquel. *de Retractu conuentionali*, §. 4. *Glossa*, 6. *num.* 31. Neque verò defectus vnius testis pars minima reputari debet: vnde etiam in opinione aliorum, qui tenent non vitiari actum ob defectum formæ in aliquo minimo, inter quos est Tiraquel. *supra*, *num.* 33. vnius testis cōtradictio testamentum vitiabit.

Contrariam tamen sententiam docuit
136 Iason *consil.* 124. *col.* 3. *vers. Tertio adhuc lib.* 1. alijque in locis asserens, si duo testes testamentarij contradicant testamento, alij verò tres aut quatuor pro illo deponant, non improbari tale testamentum, nec ejus fidem infirmari. In qua opinione fuerunt etiam Joannes de Platea, Hippolytus, & alij apud Valasc. *d. consult.* 183. *num.* 8. Inter quos idem, quanuis subdubitando, sentit Boerius *decis.* 118. *num.* 13. qui hanc sententiam testatur communem, ac pro ea in Concilio Burdigalensi fuisse judicatum. Fundamentum Jasonis est, quia alioqui in manu, & facultate vnius testis esset subuertere totum testamentum etiam alijs omnibus pro eo testificantibus, quod videtur absurdum. Faciunt præterea pro hac sententia, primò fauor testamenti, pro quo in pari numero testium, nedum impari, in dubio judicandum est. *l. Si pars, ff. de Inofficioso testam. cap. fin. de Re judicata.* Secundò, quia interest publicè testamenta conseruari, *l. Vel negare, ff. Quemadm. testam. aperiantur, l.* 2. *Cod. Vt in possessionem legatorum.* Tertiò, quia pluribus testimonijs standum est contra pauciores, *l.* 3. §. 1. *ff. de Testib. cap. In nostra, eod. tit.* & in testamentis, *l. fin. Cod. de Fideicommiss.* ib. *Per ampliores homines.* Quartò, quia magis statur vni testi affirmanti, quàm pluribus negantibus, juxta Glossam *in l. Diem proferre, §. Si plures, ff. de Arbitris.*

137 Nihilominus priori sententiæ, vtpote magis receptæ, & solidiori nixæ fundamento, standum est: ejus tamen rigor aliquibus moderationibus temperatur, ex quibus sufficienter excluditur inconueniens, quod Iason, & sequaces aduersus illam opponunt, simulque alijs in contrarium adductis satisfieri potest. Primo igitur temperatur ex Menochio *supra, num.* 19. & Valasc. *d. consil.* 183. *num.* 9. vt hac in re propter Doctorum varietatem plurimum judicis arbitrio tribuatur, qui juxta conditionem testium, & notarij famā arbitretur, an fides testamenti sit integra, vel vacillet? Quia licèt vno teste ex necessarijs contradicente deficiat per se loquendo forma testamenti, sine qua illud stare non potest, & ita in hoc nihil judex arbitrari possit; attamen circa fidem testamento dandam, vel denegandam, nunquam jus manus judicis ligauit, *l.* 3. §. 1. *ff. de Testib. cap. Si testes*, 4. *q.* 3. Quare si judex meritò suspicetur testem contradicentem testamento verum non dicere, potest illi non adhibere fidem, & consequenter habere testamentum pro legitimo, & valido.

Temperatur secundò & à fortiori, vt 138
nō procedat quando testis contradicens conuinceretur de mendacio, vt quando diceret se non adfuisse testamento, cæteri verò testarentur eum adfuisse. Ita Valasc. *supra, numer.* 28. & Farinac. referens alios *cons.* 97. *n.* 15. Et meritò, quia licèt mendacium non puniatur, nisi in casibus jure expressis, hîc non agitur de punitione, sed de fide mentienti detrahenda, ne corruat testamentum, cujus fauor postulat vt aliquod remedium adhibeatur contra dolosos & subornatos testes, qui sæpe testamentorum fidem vacillare faciunt. Atq; ita non semel se vidisse judicatum affirmat idem Valascus.

Temperatur tertiò, vt quando testis di- 139
ceret se fuisse præsentem, sed nō intellexisse testatorem, non censeatur tunc contradicere testamento, saltem vt illi credi debeat, juxta Valasc. *d. consult.* 183. *n.* 24. licèt communis videatur stare in contrarium, vt ipse Valasc. fatetur *num.* 25. quia testis debet intelligere testatorem,

l. Hæ-

l. Hæredes palam, in princ. ff. de Testam. Monetur Valascus primò, quia potuit talis testis non intelligere, quod testator dixit, & tamen testatorem dixisse id, quod reperitur. scriptum à notario; cùm sæpe accidat, vt testes non aduertant diligenter ad id, quod dicitur, vel scribitur: vnde non censetur tunc talis testis contradicere testamento. Secundò, quia nō videtur credendum tali testi, cùm asserendo se fuisse præsentem, videatur maliciosè adjicere, quod non intellexit, nisi esset alienigena, qui testantis linguam non teneret: nam præsentia intelligitur regulariter cum intelligentia, *l. Coram, 209. ff. de Verbor. signif.* debet enim intelligi præsentia moralis, non brutalis. Vnde testis dicens se fuisse præsentem, & tamen non intellexisse, sibi ipsi videtur contradicere. Tertiò, quia alioqui magna daretur occasio subuertendi testamenta, & instrumenta, quod magnum est absurdum. Facit etiam pro hac parte, quod tradit Rota *decis. 139. num. 3.* & Famianus Cantolinus *in Addit. ad illam decis. lit. c.* cum Surdo, & alijs quos refert, prout habetur, *in Collectione decisionum, quæ afferuntur in fine primi tomi Consiliorum Farinacij*, vbi statuunt non vitiari testamentum ex eoquod aliqui testes dixerunt, se non audiuisse testatorem respondere notario interroganti, an illud esset suum testamentum? non addendo quod si responderet, illum audiuissent, vel quid simile.

140 Vnde adjicit meritò Valasc. *supra cit. sub num. 25. & num. 26* si testis dicat, se fuisse præsentem, at non vidisse testatorem, non debere illi credi, nisi sufficientem reddat rationem, vt quia testator erat sub cortina, vel linteamine, quia alioqui sibi ipsi videtur contradicere, dum fatetur se adfuisse testanti, at illum non vidisse; quia præsentia nō solùm inuoluit intelligentiam, sed etiam aspectum personæ, vt presupponit textus, *in dict. l. Coram, ff. de Verbor. signif.* & notauit Bald. *in l. Si non speciali, colum. 1. Cod. de Testament.*

141 Temperatur quartò, vt licèt aliquis, vel aliqui de testibus necessarijs dicant, se non recordari, non propterea vitietur testamentum. Ita cum Bartholo, & alijs Menoch. *de Arbitrar. d. casu 105. num. 31.* & Valasc. *d. consult. 183. num. 27.* dicens hoc esse indubitatum; quia talis testis nō contrariatur directè testamento, nec ejus solemnitati; siquidem non recordari, non est negare, neque contradicere, & ideo non facit vt testamento non stetur. Hoc autem intelligendum videtur, juxta mentem prædictorum Doctorum, vt solùm procedat quando testamentum fuit confectum, vel approbatum per publicam scripturam, ita vt non indigeat examinatione. Et similiter intelligo prædicta temperamenta.

Temperatur quintò & vltimò, vt testamentum, cui vnus ex testibus necessarijs contradicit, non censeatur ex hoc falsum, seu falsò fabricatum, sed tantùm reddatur suspectum, vt *per l. 1. §. Siquis neget, & ibi Glossam, & Bartholum, ff. Quemadmodum testament. aperiantur*, Menoch. *d. casu* 105. *num.* 13. Valasc. *d. consult.* 183. *num.* 1. & 13. post alios, quos referunt. Vnde infert idem Valascus *num.* 11. Si tale testamentum habeat clausulam codicillarem, & maneant testes sufficientes ad codicillos, qui pro illo deponant, eive non contradicant, valere vt codicillum; quia cùm non censeatur falsum ob contradictionem vnius, vel alterius testis tantùm, sed solùm infirmetur ob defectum solemnitatis requisitæ ad valorem testamenti, vt sic non est, cur non valeat vt codicillus, quando omnia ad codicillum requisita in eo reperiuntur. 142

Dices, in hoc casu non solùm deficere solemnitatem testamenti, sed etiam reddi testamentum suspectum de falsitate: quod satis est, vt neque tanquam codicillus sustineri possit, etiam si habeat clausulam codicillarem. Propter hanc objectionem satis probabile est, quòd neque vt codicillus tale testamentum sustineri possit: & ita sentit Alciatus *dict. responso, 599. sub num. 4.* Nihilominus non censeo recedendum à resolutione 143

Valaſci: quare ad objectionem propoſitam reſpondeo, dictum teſtamentum propter ſolam contradictionem vnius, vel alterius teſtis, cæteris pro eo ſtantibus, ſolùm reddi ſuſpectum, quoad ſolemnitatem ex parte teſtium requiſitam, quatenus ex contradictione vnius, vel duorum teſtium minuitur illa ſuperabundans fides quam leges in teſtamentis requirunt, non tam pro ſufficienti probatione veritatis, cùm hæc per pauciores teſtes haberi poſsit, ſed pro ſolemnitate & forma, vt abundantiùs de veritate conſtet, & fraudes meliùs vitentur. Vnde cùm tanta fides & probatio in codicillis non requiratur, fit vt quanuis contradictio vnius teſtis tollat fidem requiſitam ad valorem teſtamenti vt ſic, non tamen tollet eam, quæ ſufficit ad valorem codicilli. Quam reſponſionem colligo ex Gloſſa *in d. §. Siquis neget, verbo, Suſpectæ*, ibi: *Quia maior ſolemnitas exigitur hic, quàm alibi.*

144 Quando autem omnes teſtes teſtamentarij contradicerent teſtamento, tunc procùldubio teſtamentum reprobatur, & redditur nullius effectus: imo falſum eſſe arguitur ex doctrina Menochij *ſupra, d. caſu*, 105. *num.* 9. ſed hoc vltimum non admittit Valaſc. *d. conſult.* 183. *num.* 14. dicens non valere hanc argumentationẽ: *Omnes teſtes contradicunt: ergo eſt falſum*; ſed, *ergo eſt nullum ex defectu teſtium* Admittit autem ex tot teſtium contradictione oriri ſuſpicionem falſitatis ſufficientem ad annullandum teſtamentum.

145 In ſecundo caſu, quando ſcilicet in teſtamento ſcripti ſunt plures teſtes quàm neceſſarij, communis reſolutio eſt, ſi vnus tantùm teſtis ſupernumerarius contradicat teſtamento, non reddi ſuſpectum teſtamentum, ſed ſuſtineri per alios in eodem teſtamento deſcriptos. Ita Gloſſa Accurtij *in d. §. Siquis neget, verbo, Suſpectæ, in fine* Barthol. *ibi*, & plures alij, quos citant, & ſequuntur Menoch. *d. caſu* 105. *num.* 11. *&* 12. & Valaſc. *dict. conſult.* 183. *num.* 38. Si autem duo, vel plures teſtes ſupernumerarij in teſtamento deſcripti illi contradicant, remanente ſufficiente numero teſtium ad perfectionem teſtamenti, neceſſariò ſubdiſtinguendum eſt. Nam vel teſtes neceſſarij, qui remanent, & teſtamento non contradicunt, ſunt examinati, & pro teſtamento deponunt: vel non ſunt examinati, vt quia mortui, vel abſentes. In priori euentu non vacillat fides teſtamenti; quod bene ſuſtineatur ex depoſitione teſtium neceſſariorum, præſertim ſi hi ſint plures quàm ſupernumerarij, teſtamento contradicentes. Ita relatis multis ſentit Menoch. *dict. caſu* 105. *num.* 27. *& ſeqq.* & Valaſc. *dict. conſult.* 183. *à n.* 38.

In poſteriori autem euentu contrarium ſentit idem Menoch. *num.* 15. cum Baldo, Couar. & alijs, quos refert; quia magis credendum eſt duobus teſtibus deponentibus expreſsè contra teſtamentũ, quàm centum alijs tacentibus, vel mortuis, niſi fortè, vt idem Menochius *num.* 30. cum Baldo, & alijs addit, impugnans teſtamentum per multum temporis diſtuliſſet, ita vt veroſimiliter credatur expectaſſe mortem teſtium, quibus aduerſarius teſtamentum confirmaſſet. Cæterùm Valaſc. *ſupra, num.* 39. *&* 44. ſentit, etiam in hoc poſteriori euentu ſuſtinendum eſſe teſtamentum, etiam in hoc Regno, contra depoſitionem duorum teſtium ſupernumerariorum illi contradicentium; in quam ſententiam adducit Antonium de Buttio, & Abbatem. Mouetur, quia interim dum alij teſtes non examinantur, præſumitur de jure quòd pro teſtamento eſſent depoſituri, vt etiam oppoſitæ ſententiæ fatentur Auctores: hæc autem præſumptio videtur ſufficere ad ſuſtinendum teſtamentum roboratum ſufficienti numero teſtium, non obſtante contradictione duorum teſtium ſupernumerariorum, qui ſolùm ex abundanti cautela fuerunt adjecti. Hæc reſolutio mihi magis placet, cum teſtamentis faueat, & viam fraudibus occludat. Aduerto autem, eam tantùm procedere, quando teſtamentum eſt ex ijs, quæ non indigent publicatione: nam ſi ea indigeant, vt quãdo non ſunt ſcripta, vel approbata per no-

notarium publicum, non sustinentur ex testibus in eis adhibitis, si sint emortui, vel disparuerunt antequam examinarentur, ac pro testamento deponerent, vt infra ad finem sequentis sectionis constabit.

§. 6. Notantur quædam requisita ad solemnitatem testamenti, quæ ex parte testium postulatur.

147 **A**Lia requisita, pro solemnitate ex parte testium necessariâ, satis ex supradictis constant. Ex quibus habes necessarium esse, vt testes testamentarij sint præsentes factioni, vel approbationi testamenti, ipsumque testatorem videant, *l. Si non speciali, Cod de Testam.* item vt audiant, & intelligant testatorem, *l. Hæredes palam, in princip. ff. de Testament. & l. Hac consultissima, § Per nuncupationem, Cod. de Testam.* atque vt omnes eodem tempore se subscribant, si testamentum fiat in scriptis, *d. l. Hac consultissima, in princip.* vbi etiam additur, debere omnes signare; quod potest fieri tam sigillo proprio, quam alieno, vt declaratur *l. Si vnus, Cod de Testam.* de jure autem hujus Regni necessarium non est aliquod sigillum apponere. Oportet etiam vt testes necessarij adsint liberè, id est, non vi, aut metu coacti. Alioqui erit testamentum nullum, vt sumitur *ex l. Qui testamento, §. vlt. fine, ff. de Testam.* & tradit ibi Glossa, *verb. Inuitis*, & Glos. *vlt. l. 1. ff. de Auctorit. tutor.* Menchaca *de Success. progressu lib. 3. §. 30. numer. 16.* Azor *p. 3. lib. 8. cap. 7. quæst. 1.* & alij. Si quæras, vtrum is, qui testamentum scripsit & signauit, possit adhiberi in testem in approbatione ipsius testamenti? Respondetur affirmatiuè per textum expressum *in l. Domitius, ff. de Testam.*

(:)

SECTIO IV.

Explicantur quædam aliæ difficultates circa solemnitatem testamenti.

PRofligatis difficultatibus, quæ ad solemnitatem testamenti quoad scripturam, & testes peculiariter spectant; supersunt quædam aliæ circa ipsam testamenti solemnitatem absolutè, quæ peculiarem sectionem postulant, & in præsenti explicandæ sunt.

§. 1. Quam solemnitatem seruare debeat qui testatur in Regno extraneo, vbi domicilium non habet?

SUMMARIUM.

Qui testatur extra suum domicilium, debet seruare solemnitatem illius Prouinciæ, aut Regni vbi testamentum facit, numer. 148. Vtrum id procedat etiam respectu bonorum, quæ testator habet in alio loco, vbi diuersa forma testamentorum præscripta est? ibidem.

Si testamenti solemnitas sit alicubi præscripta pro personis certæ qualitatis, non tenentur forenses, nec alij eam qualitatem non habentes talem solemnitatem seruare, num. 149.

Ad judicandum, an quis sit habilis, vel inhabilis ad testandum, attendendæ sunt leges Regni, vel Prouinciæ vbi domicilium habet, licèt extra illud testetur, num. 150.

Filiusfamilias Castellanus residens ad tempus in Lusitania potest ibi testari de Aduentitijs. Econtra verò Lusitanus residens ad tempus in Castella, ibid.

Quam testandi formam seruare debeat forensis, qui commoratur apud Barbaros, & Paganos? referuntur variæ sententiæ, num. 151. & seq. Sententia Auctoris, num. 153.

Rejicitur tanquam omnino falsa opinio Bartholi asserentis Imperatorem Romanum esse dominum totius orbis, & qui id negauerit, esse hæreticum; eod. num. 153.

Licèt forensis faciens testamentum debeat seruare solemnitatem loci in quo testatur, attamen quoad dispositionem bonorum quæ habet in sua patria, solum potest sequi leges patrias; n. 155. *tradita tamen resolutio sustinetur; numer.* 156.

Lex & statutum cujusque loci non extenditur ad bona extra territorium statuentium; d. num. 154. *&* 156.

148 PRima difficultas est, quam solemnitatem seruare debeat qui testatur in Regno extraneo, vbi domicilium non habet; vt verbi gratiâ Gallus residens ad tempus in Lusitania? Respondetur obseruare debere solemnitatem illius Prouinciæ, aut Regni in quo testatur. Ita Bartholus *in l. Cunctos populos*, 3. *q. in princip. Cod. de Summa Trinitate, num.* 34. alijsque in locis, Baldus *ibi*, Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 20. Valasc. *consult.* 182. *num.* 2. Azeuedus *lib.* 5. *Nouæ recopilat. tit.* 4. *l.* 1. *num.* 5. Meres *de Maiorat.* 1. *p. q.* 62. *num.* 55. Suar. *lib.* 3. *de Legib. cap.* 33. *num.* 13. Vazq. *Opusc. de Testam. cap.* 1. *§.* 2. *dub.* 1. *num.* 5. Molina *disputat.* 127. *num.* 7. & cæteri communiter. Ratio est, quia cùm agitur de solemnitate alicujus actus, attenditur ad locum in quo fit: vnde contractus fieri debet juxta leges, & consuetudinem loci, in quo celebratur, *l. Si fundus, ff. de Euictionibus*, & testamenta debent aperiri secundùm consuetudinem loci vbi fit apertio, *l.* 2. *Cod. Quemadmodum testam. aperian.* ibi: *Potes illuc proferre, vt secundum leges, moresque locorum insinuantur*, vbi Glossa ad verbum illud *Potes*, addit, *& debes.* Utrum verò hæc resolutio procedat etiam respectu bonorum testatoris existentium in alio loco vbi diuersa forma testamentorum præscripta est? Quæstio fuit apud antiquos Doctores agitata, in qua, teste Valasco *sup. num.* 10. quatuor opiniones refert Signorolus *in d. l. Cunctos populos, à num.* 22. & Bartholus, *ibi, num.* 36. *&* 37. in ea tandem residet, quæ asserit testamentum indistinctè porrigi ad bona testatoris, vbicumque sita sint. Huic consonat Molina *supra*, cum Anton Gom. asserens debere seruari solemnitatem loci vbi fit testamentum, non verò vnde est testator, & vbi testamentum mandari debet executioni.

149 Nota verò primò, si solemnitas sit tantum præscripta pro personis certæ alicujus qualitatis, vt pro rusticis, vel aulicis, &c. non teneri forenses, nec alias personas eam qualitatem non habentes talem solemnitatem obseruare. Ita Valascus *supra, num.* 5. & Vazq. *proximè citatus* cum alijs quos referunt, & constat argumento text. *in l. final. Cod. de Testamento militis.*

150 Nota secundò, licèt quoad testamenti solemnitatem attendi debeant leges, & consuetudo loci in quo quis testatur, attamen quoad habilitationem personæ ad testandum attendi debere leges proprij loci, seu Regni, vnde est persona & in quo domicilium habet, vt probauimus *disp. præced, sect.* 3. *num.* 109. estque communis sententia. Vnde qui in Castella est filiusfamilias, & testari potest post legitimam ætatem juxta leges Castellæ, etiam in quouis alio Regno potest testari, quanuis leges talis Regni id non permittant. Et econtra filiusfamilias Lusitanus residens tanquam aduena in Castella, non potest ibi testari de Aduentitijs, eo quod juxta leges Lusitaniç inhabilis est ad testandnm de talibus bonis. Sic Bartholus *in d. l. Cunctos populos, Cod. de Summa Trinit. num.* 25. *vers. Circa hoc dubitatur.* Roland. *consil.* 24. *num.* 19. *lib.* 3. Anton. Gom. *in d. l.* 3. *Tauri, num.* 22. Valasc. *d. consult.* 182. *num.* 6. Vazq. *d. dub.* 1. *num.* 8. & alij communiter. Ratio est, quia habilitatio personæ pertinet ad illum, cui subdita est persona; nec lex, vel statutum vnius loci dirigitur ad legitimandum personam forensem ipsi non subditam; licèt possit dirigere, moderari, & præscribere formam actuum, qui geruntur in ta-

tali loco.

151 Nota tertiò, non satis constare apud Doctores, quid sentiendum sit de testamento forensis commorantis apud Barbaros, & Paganos? Quidam enim sentiunt, si apud eos Barbaros præscripta sit aliqua certa forma testandi, secundùm eam debere forensem testari, juxta supradicta: si autem de tali forma non constet, satis esse quòd testamentum sit factum cùm solemnitate jurisgentium, idest coram duobus testibus. Ita Valasc. *d. consult.* 182. *num.* 11. Azeuedus *in d. l.* 1. *num.* 6. qui plures pro eadem sententia referunt. Et vero eam satis apertè docet Baldus *in l. Ius Ciuile, num.* 4. *fine, ff. de Iust. & jur. & in l.* 2. *Cod. Quemadmodum testam aperiantur*, quatenus asserit, quod in terris infidelium valet testamentum factum à forense cum solemnitate juris gentium; quia in dubio præsumitur ibi vigere tale jus.

152 Alij verò tenent, cùm quis non captiuus, sed pro aliquo negotio commoratur apud hostes & extraneos, qui Romanorum imperio non subjiciuntur, non posse testari juxta eorum consuetudinem. Ita expresséBartholus *in l. Qui à latronibus, num.* 3 *ff. de Testam.* quam opinionem sequuntur nonnulli apud Azeued. supra, qui eam dicunt communem: sequuntur etiam Anton. Gom. *in d. l.* 3. *Tauri, num.* 22 & Vazq. *d. dub.* 1. *num.* 6. Mouentur, quia factio testamenti est juris Ciuilis: leges autem illorum Barbarorum non habent rationem juris Ciuilis, cùm sint reprobatæ à populo Romano, qui jus Ciuile introduxit, & solùm approbauit leges populorum sibi subjectorum. Vnde idem videntur sentire prædicti Doctores de testamentis factis apud quosuis Barbaros, qui nunquam Romano Imperio obediuerunt, licèt bellum cum Romanis non habuerint. Qua sententia retenta, si ab his Doctoribus quæras, quam solemnitatem obseruare debeat forensis, qui apud ejusmodi Barbaros testatur? Bartholus dicit, debere obseruare solemnitatem suæ ciuitatis. Anton. Gom. satis esse, quòd obseruet solemnitatem jurisgentium, & sic quòd testetur coram duobus testibus. Vazq. autem, debere testari secundùm formam juris communis. Et quælibet ex his sententijs alios etiam habet assertores.

Inter opiniones adeò varias, prior quam Valascus & Azeuedus defendunt, mihi videtur longè verior, imò simpliciter vera. Nam Bartholus, cujus auctoritate alij moti sunt ad tuendum oppositū, manifesto errore deceptus est: existimauit enim Imperatorem Romanum habere dominium & jurisdictionem in vniuersum Orbem, adeò vt *in l. Hostes, ff. de Captiuis* hæreticum esse dixerit, qui negauerit Imperatorem esse dominum Orbis. Et hinc consequenter sentit, reprobatas & nullas esse leges quorumcumque populorum, qui eum vt superiorem non agnoscerent, eosque tanquam hostes habendos esse; atque adeò non valere testamenta forensium apud eos commorantium, si juxta eorum leges, & consuetudinem fierent. Quæ omnia tam falsa sunt, quam falsum & inane est illud primum fundamentum quo nititur; cùm certissimum sit Imperatorem Romanum neque esse, neque fuisse vnquam totius Orbis dominum, vt latè demonstrat Suar. *lib.* 3. *de Legibus, cap.* 7. *à num.* 3. cæterosque Reges, vnumquemque in suo Regno, supremam habere jurisdictionem ad condendas leges Ciuiles, siue tales Reges sint Christiani, vt Rex Lusitaniæ, Galliæ, &c. siue Gentiles & Barbari, vt Rex Persarum, Sinensis, &c. ex potestate à Deo immediatè deriuatā in communitatem, & ab hac in suum Regem translatā; quæ omnia demonstrantur à Theologis, & speciatim à Suar. *supra, præsertim cap.* 9. Vnde tandem fit, vt qua ratione Lusitanus, verbi gratiā, residens ad tempus in Castella subditur legibus illius Regni, quoad solemnitatem testamenti & celebrationem contractuum; eādem etiam residens apud Sinas, vel alios infideles, eorum leges & consuetudines quoad hos actus seruare debeat, licèt sint nostri hostes, & & populi Romani, quemadmodum Turcæ, vt in specie notauit Azeuedus *supra*, 153

Nota

Nota quartò, quòd licèt forensis teneatur in factione testamenti seruare solemnitatem loci in quo testatur, attamen quoad dispositionem bonorum, quæ habet in sua patria, solùm potest sequi leges patrias: vt si Castellanus habens filios testetur in Lusitania, vbi parentes possunt liberè disponere de tertia suorum bonorum, & relinquere filijs tantummodo alias duas tertias, non potest liberè disponere de tota tertia bonorum, quæ habet in Castella, sed tantùm de quinto, de quo tantùm leges Castellæ permittunt vt parentes liberè possint disponere: si autem habeat aliqua bona in Lusitania quo ad hæc non prohibetur, quominus de illorum tertio disponere valeat. Sic Valasc. *d. consult.* 182. *num.* 12. *& seqq.* Estque de mente plurimorum, juxta receptissimam sententiam, quod statutum, seu lex vnius loci non extenditur ad bona posita extra territorium statuentium; quam tradunt Gozadinus, *celebri consilio*, 49. Bursatus *consil.* 198. *lib.* 2. Bartholomæus Socin. *cons.* 288. *num.* 2. *lib.* 2. Parisius, *cons.* 84. *numer.* 42. *&* 43. *lib.* 1. & multi alij apud Roland. *d. cons.* 24. *num.* 14. *volum.* 3. & Meres *de Maioratib.* 1. *p.* *q.* 58. *à num.* 23. nonnullos etiam refert eos sequens Phæbus 1. *p. decis.* 102. *num.* 33. & Valasc. *proximè citatus.*

155 Fateor tamen adeò variè, & confusè hac in re loqui Doctores Juristas, vt vix in aliquo pedem figere possis: quod inde ortum mihi videtur habere, quia multi sentiunt forenses non ligari legibus locorum in quibus commorantur: alij verò contrarium, & vtraque sententia probabilis est: item quia nonnulli, inter quos Bartholus *in l.* 1. *Cod. de Summa Trinit.* *num.* 44. credunt ex intentione legislatoris pendere, an lex, vel statutum comprehendat subditos in aliena Prouincia commorantes: à qua sententia alij meritò recedunt, cùm planè contrarium constet *ex cap.* 2. *de Constitutionibus, in* 6. vbi habetur, quod extra territorium jus dicenti non paretur impune, vt bene cùm alijs arguit Suar. *lib.* 3. *de Legibus, cap.* 32. *numer.* 4. Quare mirum non est, magnam esse varietatem opinionum, etiam circa potestatem, quam leges tribuant, aut tribuere possint forensibus ad disponendum de bonis.

Cæterùm, quidquid de prædictis opinionibus sit, principalis resolutio, quam ex Valasco tradidimus *num.* 154. mihi 156
videtur sustinenda, eamque probo, & declaro hac ratione, quia licè forensis nō obligetur legibus proprij territorij, neque territorij alieni, in quo est, vt aliqui Doctores volunt; attamen bona, quæ habet in proprio territorio subduntur legibus illius, & quæ habet in territorio alieno, legibus etiam ejusdem territorij alieni subjecta sunt, vt est communis sententia, quæ satis patet *ex l. vnica, Cod. Vbi petantur tutores*, ex qua constat posse judicem loci in quo bona sunt sita, dare curatorem adulto sibi non subdito: cùm tamen pupillis non possit dari tutor, nisi à judice, sub cujus jurisdictione sunt, vt habetur, *l.* 1. *ff. de Tutoribus, & curatoribus datis, ab his &c.* cujus differentiæ ea est ratio, juxta Alexandrùm, & Ruinum apud Roland. *supra, num.* 24. quia curator non datur principaliter personæ, sed rebus: vnde quia res sunt sub jurisdictione judicis illius territorij in quo sitæ sunt, inde est quòd per eum dari possit curator etiam non subdito. At verò tutor datur principaliter personæ, & ideo à judice, cui persona subdita non est, dari non potest. Igitur siue dicamus, quod Castellanus, dum in Lusitania ad tempus residet, obligatur legibus Castellæ, siue legibus Lusitaniæ, siue neutris, certè bona, quæ habet in Castella, illius Regni legibus subjecta sunt; & quæ in Lusitania, Lusitanis legibus; & consequenter si in Lusitania testetur, non potest disponere de bonis, quæ habet in Castella, nisi juxta leges Castellæ; & de ijs, quæ habet in Lusitania, secundùm leges Lusitaniæ.

(:)

§. 2. V.

§. 2. Vtrum quando quis elegit formam testandi in scriptis, & secundùm eam testamentum fuit nullum ob defectum alicujus solemnitatis, valeat nihilominus vt Nuncupatiuum, si in eo reperiatur solemnitas ad Nuncupatiuum sufficiens?

SUMMARIUM.

In casu proposito valet testamentum vt Nuncupatiuum, si testator se non restrinxit ad formam testandi in scriptis: secus autem si se ad eam restrinxit; num. 157.

Cur testamentum minus solemne non valeat vt codicillus, licèt in eo reperiatur solemnitas ad codicillum sufficiēs, cùm tamen testamentum in scriptis, valeat vt Nuncupatiuum, quando solùm in eo reperitur solemnitas ad Nuncupatiuum sufficiens; num. 158.

Quando censeatur testator se restringere ad formam testandi in scriptis? numer. 159.

Quando aliquis fecit testamentum in scriptis, & simul coram testibus illud legit, valet secundùm formam quæ in eo reperitur plenè obseruata; num. 160.

Quid si testibus non est lectum, sed tantùm coram illis dixit testator, illud esse suum testamentum, quod in charta notario oblatâ continetur? ibidem remissiuè.

Quando quis volens testari per scripturam ante omnia coram testibus necessarijs expressit, quem volebat instituere hæredem, ac cætera omnia, quæ disponere intendebat, non fit validum testamentum, etiam vt Nuncupatiuum, si dum notarius vocaretur, vel ante absolutam scripturam decessit testator, manente infecta, aut imperfecta dispositione quam facere parabat; num. 161. *Secus dicendum, si talis testator totam suam voluntatem per verba dispositiua coram dictis testibus declarauit, aut dictauit; num.* 162.

Secunda difficultas est, vtrum quando testator elegit formam testandi in scriptis, & secundùm eam testamentum fuit nullum ob defectum alicujus solemnitatis, valeat saltem vt Nuncupatiuum, si reperiatur factum cum solemnitate sufficiente ad testamentum Nuncupatiuum? Respondetur, si testator se non restrinxit ad formam testamenti in scriptis, seu Clausi, valere tale testamentum vt Nuncupatiuum: secus autem, si se ad prædictam formam restrinxit. Ita Menochius *de Præsumpt. lib.* 4. *præsūpt.* 2. *à num.* 16. Mantica *de Conject. ur. vlt. volunt. lib.* 1. *tit.* 7. *à n.* 3. Cald. *de Empt. & vendit. cap.* 19. *num.* 8. Reynosus *obseruat.* 48. *à num.* 16. Sanch. *tom.* 2. *Opusc. lib.* 4. *cap.* 1. *dub.* 10. Vazq. *Opusc. de Testament. cap.* 1. *§.* 8. *num.* 45. Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 24. *sect.* 1. *numer.* 13. & alij quos referunt contra nonnullos apud Menochium *supra, num.* 19. Ratio prioris partis est, quia quando quis testatur, censetur in dubio velle suam dispositionem valere omni meliori modo quo potest, *l.* 3. *ff. de Militari testam.* Item quia dispositio testatoris intelligi debet, vt comprehendat casum, de quo si fuisset interrogatus, respondisset se ita velle disponere, *l. Tale pactum, §. vlt. vbi Glossa, & Doctores, ff. de Pactis*: satis autem per se constat, quòd quando testator se non restrinxit ad formam testandi in scriptis, si interrogaretur, an vellet vt suum testamentum valeret, saltem vt Nuncupatiuum, responsurus esset affirmatiuè. Ex quibus fundamentis constat, traditam resolutionem procedere, etiam si in testamento non dicat testator, quòd vult vt valeat omni meliori modo quo potest: licèt quando talis clausula adhiberetur, citra omnem dubitationem procederet. Sic cum alijs Menochius *supra, num.* 23. & Vazq. *loco citato.* 157

Si opponas hinc sequi, quādo testamentum ob defectum alicujus solemnitatis non subsistit vt testamentum, adhuc valere vt codicillum, si solemnitas sufficiens ad 158

ad codicillos in eo repetitur, esto non adsit prædicta clausula, quod valeat meliori modo quo potest, neque quòd valeat vt codicillus, si non potest vt testamentum: quod vtique est falsum ex communi sententia; per *l. Non codicillum, Cod. de Testam.* vbi habetur, quòd is, qui hæredis institutionem fecit, præsumitur voluisse testari, non autem codicillos conscribere. Respondetur facilè ex Menochio *supra, numer.* 21. & Vazq. Mencha. *lib.* 3 *de Success. progressu*, §. 30. *num.* 38. esse longè diuersam rationem in hoc casu, quia substantiæ testamenti omnino repugnat substantia codicillorum; cùm in codicillis non possit quis directè institui hæres; quod secus est in testamento: vnde hæres ex testamento totam substantiam testatoris capit, & consequitur: non ita vero ex codicillis: inter testamentum autem in scriptis, & Nuncupatiuum nulla substantialis repugnantia intercedit, quia solùm differunt quoad solemnitatem: & ideo in eis faciliùs admittitur transitus, quàm à testamento ad codicillos, juxta Philosophorum proloquium quod in habentibus symbolum facilior est transitus, quam inter dissimilia, cujus meminit Barthol. *in l. Centurio, ad princ. ff. de Vulgar. & facit l. Si Titio, ff. de Vsufructu.*

159 Alia pars, quòd scilicet aliter dicendū sit, quando testator se restrinxit ad formam testamenti in scriptis, siue Clausi, constat facilè ea ratione, quia actus agentium non valet nisi juxta eorum intentionem. Solùm dubitari potest, quandonam censeatur testator se restrinxisse ad formam testandi in scriptis? Qua in re notandum est, aliud esse velle testatorem testari in scriptis, aliud se restringere ad talem formam. Nam per hoc, quòd voluerit in scriptis testari, eamque formam elegerit, non tollitur quominus simul potuerit velle & intendere vt testamentum valeret etiam vt Nuncupatiuum, saltem quando non valeret vt Clausum, quod satis ex supradictis constat: vnde conjecturæ, ex quibus deprehenditur, testatorem voluisse condere testamentum Clausum, non sufficiunt vt inde colligatur quod se restrinxerit ad eam formam, nisi expressisset se nolle alio modo testari, vel quod testamentum non valeat aliter, neque alio modo. Ita cum alijs declarat Menoch. *d. præsumpt.* 2. *in fine*, Tellus Fernandez, prout illum refert & sequitur Vazq. *d. num.* 45. Credunt verò aliqui, censendum etiam esse, quod testator se restrinxit ad formam testamenti in scriptis, si expressit, se in scriptis testari velle. Ita cum Gregor. Lopez, Iulio Claro, & alijs Reynos. *d. obseruat.* 48. *numer.* 19. idemque sentit Caldas *de Empt. & vendit. cap.* 19. *num.* 9. Quod mihi non videtur satis probabile ex supradictis.

160 Ex quibus colliges, quando aliquis fecit testamentum in scriptis, & simul coram testibus illud legit, vt solet fieri in testamento Nuncupatiuo, valere tale testamentum secundùm quamlibet formam, quæ in eo reperitur plenè obseruata: vnde si reperiatur factum cum integra solemnitate testamenti in scriptis, non verò Nuncupatiui, valet vt in scriptis, & econtra. Et si tam solemnitas testamenti in scriptis, quàm Nuncupatiui plenè obseruata sit, valet vtroque modo, dummodo testator se ad alterum non restrinxerit. Sic Menoch. *d. præsumpt.* 2. *num.* 14. & 16. Si autem quæras, vtrum testamentum in scriptis possit valere vt Nuncupatiuum juxta supradicta, licèt non sit lectum coram testibus? Respondeo affirmatiuè juxta probabilem, imo probabiliorem sententiam, quam tradidimus *sect.* 4. §. 4 *num.* 85. vbi cum multis Doctoribus diximus, quando testamentum Clausum fuisset factum coram testibus sufficientibus ad testamentum Nuncupatiuum, posse tale testamentum valere vt Nuncupatiuum, quanuis non legatur testibus, sed solùm coram illis dicatur à testatore, illud esse suum testamentum, quod in charta oblata notario continetur.

161 Illud etiam hìc aduerte, quando aliquis volens testari in scriptis, vel per scripturam, ante omnia coram testibus ne-

necessarijs exprimeret, quem vellet relinquere hæredem, ac cætera omnia, quæ in testamento disponere intendit, non fieri validum testamentum, etiam Nuncupatiuum, si dum notarius vocaretur vel ante absolutam scripturam testamenti decessit testator, aut visum sensuum amisit, manente infecta, aut imperfecta dispositione quam facere parabat. Quia in primis tale testamentum non valet vt Clausum, seu in scriptis; siquidem scriptura non est facta, aut mansit imperfecta & absque solemnitatibus ad tale testamentum necessarijs, vt supponimus: deinde non valet etiam vt Nuncupatiuum; quia licèt præcesserit illa declaratio coram testibus, tamen non fuit dispositiua, sed tantùm enuntiatiua & præparatoria ad testamentum, quæ verum actum testandi non continet, nec illum interuenisse probat, vt rectè cum alijs tradit Caldas *de Empt. & vendit. cap.* 19. *num* 7. Reynosus *obseruat.* 48. *n.* 11. *&* 27. Vazq. *Opusc. de Testam. cap.* 1. *§.* 4. *dub.* 5. *n.* 30. & Cardin Lugo *tom.* 2. *de Iust. disp.* 22. *sect.* 9. *n.* 276. Neque etiam sufficiet, quod præsentibus, & audientibus ipsis testibus testator dictauerit notario scripturam testamenti, quæ absolui non potuit, si non dictauit totam dispositionem quam facere intendebat; quia in hoc euentu mansit testamentum imperfectum, etiam vt Nuncupatiuum, si non ex defectu solemnitatis, siquidem aderant testes sufficientes; at ex defectu voluntatis, qui est substantialior, cùm testator plura disponere voluisset, & fortè ante consummatum testamentum aliqua ex jam dispositis mutaturus esset: cum quo defectu nullo modo valet testamentum per textum *in l. Si ijs, qui testamentum*, vbi omnes, *ff. de Testam.* adeò vt neque inter liberos, neque ad pias causas sustineatur, juxta probabilem sententiam, quam relatis multis docet Valasc. *consult.* 74. *num.* 14. & Menchac. *lib.* 3. *de Success. progressu §.* 30. *num.* 26. Quid tamen nobis circa hujusmodi testamenta imperfecta ad causas pias tenendum sit, dicemus infra *sect.* 9. *hujus disp. §.* 3. *num.* 326. *& seqq.*

162 Cæterum, si testator, accitis testibus, coram illis per verba dispositiua nuncupauit hæredem, & totam suam voluntatem declarauit: vel coram ijsdem totam testamenti scripturam dictauit, aut dictari fecit, licèt pro meliori probatione, vel abundanti cautela notarium accersiri jusserit, vt in publica forma testamentum scriberet, vel approbaret, censendum est testatorem habuisse animum disponendi, etiam si notarius non venisset, eritque tale testamentum perfectum, & validum vt Nuncupatiuum. Sic cum alijs Caldas *d. cap.* 19. & Vazq. *d. dub.* 5. *num.* 29. patetque satis ex supradictis; consentit in fortioribus terminis Menchac. *supra, & sub numer.* 44. *vers. Quod si testamentum.*

§. 3. *Quæ solemnitas adhibenda sit, vt testamentum non indigeat publicatione; & quomodo talis publicatio fiat?*

SUMMARIUM.

Vt testamentum validum non indigeat publicatione, requiritur & sufficit, vt fiat interueniente publici notarij fide, & auctoritate, idque tam de jure Lusitano, quàm communi; num. 163.

Quanti referat esse testamentum tali modo factum, vt publicatione non indigeat; num. 164.

Quomodo testamentum publicetur; numer. 165.

Vtrum testamentum clerici publicari debeat apud judicem sæcularem, vel Ecclesiasticum? num. 166. *remissiuè.*

163 Tertia difficultas est, quæ solemnitas adhibenda sit vt testamentum non indigeat publicatione; & quomodo talis publicatio fiat? Respondetur, vt testamentum validum publicatione non indigeat, requiri & sufficere, vt fiat interueniente publici nota-

rij fide, & auctoritate: vt si sit testamentum Clausum, requiritur & sufficit, vt sit approbatum publico notarij instrumento, juxta formam præscriptam jure Lusitano, *lib.4.Ordin. tit.*80.*§.* 1. Et si sit Nuncupatiuum, opus est vt vel sit scriptum per publicum notarium, qui in eadem scriptura fidem suam interponat, eam esse testatoris voluntatem: vel si alia manu scriptum sit, habeat adjunctum instrumentum publicum, quo notarius similiter testificetur, eam esse testatoris voluntatem, adhibitis testium subscriptionibus, vt præscribitur eâdem Ordin. Lusit. *d. tit.* 80. *in princip. & §.* 3. Hæc resolutio est indubitata in hoc Regno: constat enim apertè ex citato loco Ordin. *in d §.*3. & de jure etiam communi probabilior pro ea stat sententia, quam cum quibusdam Glossis sequuntur Couar. *in cap.Cum esses, sub num.*1.*de Testamentis.* Anton. Gom.*in l.*3.*Tauri, à num.*15.Valasc. *consult.*178.*num.6.* Molin.*disp.*126. *num.*5. & alij. Ex fide enim tabellionis sortitur testamentum auctoritatem publicam, & ideo non oportet vt iterum per judicem approbetur, sicut fit in publicatione, de qua loquimur. Unde econtra, quando in testamento non interuenit fides tabellionis per publicam scripturam, necessarium est vt postea examinetur à judice, ejusque auctoritate publicetur, vt notant citati Doctores, & habetur loco proximè citato Ordin. Lusit.

164 Nec parui refert esse testamentum tali modo factum, vt non indigeat publicatione; quia tunc, etiam si testes jam sint demortui, quando testamentum aperitur, nihil id officit, quominus testamentum sustineatur, & executioni mandari debeat, vt bene aduertit Valascus *sup.* Publica enim scriptura testium subscriptionibus munita, quæ in tali testamento interuenit, sufficienter probat testatoris voluntatem; & ideo quanuis testes jam non possint in judicio sisti, & examinari, nihil id detrahit de auctoritate testamenti. Econtra verò quando testamentum ita est factum, vt publicatione indigeat, omnino corruit, si quando aperiendum, vel publicandum erat, testes sint demortui, aut aliàs sisti, & examinari in judicio non possint: satisque erit vel vnum testem necessarium esse demortuum, vt testamentum claudicet, & maneat ineptum.

Fit autem dicta publicatio hoc modo. Citatis ijs, quorum interest vt testamentum non valeat, vocantur, & apparent coram judice testes, qui illi testamento interfuerunt, & præstito priùs juramento examinantur à judice, an fuerint rogati, vt essent testes in tali testamento, illique interfuerint, ac bene audierint, & intellexerint dispositionem testatoris, recordenturque esse illam, quæ ibi proponitur. Et tunc si judex nihil inueniat, quominus testamentum fuerit legitimum, pronuntiat esse validum, atque ad perpetuam rei memoriam jubet, vt testium depositiones, seu attestationes in publicam formam redigantur, eique detur plena fides. Et sic manet testamentum publicatum. Hanc publicationis formam seruari debere secundùm jus commune, eamque practicari in hoc Regno Lusitaniæ tradit Molina *dict. disput.* 126. *fine*, & Reynosus *obseruat.* 39. *numer.* 21. vbi refert Bartholum, & alios, qui eam ex jure communi inculcant, & necessariam esse affirmant. Vtrum post hanc publicationem factam, possint produci noui testes, aut jam producti iterum examinari? Resolutio negatiua est vera regulariter, vt latè cum alijs probat idem Reynosus *à num.*22. vbi ponit nonnullos casus, in quibus fallit. Illum consule. 165

Circa judicem, apud quem dicta publicatio facienda sit, dubitari solet, an testamentum clerici publicari debeat coram judice Sæculari, vel Ecclesiastico? Pro sæculari stat cum alijs Petrus Barbosa *in l. Hæres absens,* 19. *in princip. à n.* 187.*ff.de Iudic.* & Nigrerius *lib.*3.*Introduct.vlt. volunt.c.*4.*sub tit.de Testamento clerici n.*23. *&* 24. contra Molin. & quosdam alios, qui censent testamentum clerici posse aperiri, & insinuari coram judice Ecclesiastico. At cùm hæc res tota ad forum contentiosum spectet, non oportet nos in ea immorari. Circa eam 166

præter

præter citatos, videri possunt Guttier. *Practic.qq lib.2 q. 48 num.2.* & August. Barbos. *in Collectan.ad cap . Cum hæres, num.8.& 9. de Testamentis.*

SECTIO VII.

De solemnitate requisita in testamentis, quæ ratione personarum testantium sunt priuilegiata, seu à communibus regulis excepta.

DIximus hactenus de requisitis ad legitimam, & solemnem confectionem testamenti generaliter, juxta communes juris regulas, quæ in ordinarijs & vulgaribus testamentis obseruari debent, vt euadant legitima & valida: sequitur vt in hac, & sequentibus sectionibus dicamus de requisitis pro quibusdam testamentis, in quibus reperitur aliqua specialitas, ratione cujus ab illis communibus & vulgaribus regulis excipiuntur. Primò igitur dicendum est de ijs, quæ ratione personarum testantium ejusmodi specialitatem habent.

§. 1. *De testamento Principis.*

SUMMARIUM.

*TEstamentum Principis supremi non requirit juris positiui solemnitatem ad hoc vt sit validum, num.*167.

*Non sustinebitur autem tale testamentum, nisi saltem per duos testes exceptione maiores, vel alia sufficienti ratione plenè constet de illius veritate; numer.*168.

*Testamentum priuati, quo Princeps instituitur hæres, indiget juris solemnitatibus; num.*169.

167 INter testamenta, quæ ratione personarum aliquam habent specialitatem, principem locum obtinet testamentum Principis supremi superiorem in temporalibus non habentis. Ab hoc igitur ordiendo resolutiuè dico, non requirere juris positiui solemnitatem, vt sit validum, & firmum. Ita Glossa *in l. Ex imperfecto, verbo, Lex imperij, per text. ibi: Lex imperij solemnibus juris Imperatorem soluit, Cod. de Testam.* & ibi etiam Paulus Castrensf. *& in l.Omnium, C. eodem,* Mantica *de Conjectur.vlt. volunt. lib.6.tit.1.num.vlt.* Menchaca *de Success. creatione lib. 3. §.26. num. 1.* Negreiros *lib.3.Introduct.vlt.volunt.cap.3 .in princip. n.2.* & plures alij. Idque meritò; nam cùm Princeps supremus sit supra omnem legem Ciuilem, & persona maximè omnium priuilegiata, adstringi non debuit, in supremo suæ voluntatis elogio juris Ciuilis solemnitatibus, esseque minus in hac parte priuilegiatus, quàm alij quibus à jure indultum est, vt sine illis solemnitatibus testari possint. Accedit, quod cũ Princeps totum jus in sui pectoris scrinio habere censeatur *d. l. Omnium C. de Testam.* si omissis juris solemnitatibus testetur, præsumitur scienter eas omittere, & secum in eis dispensare.

Non erit tamen validum testamentum 168 Principis, si ei desint quæ intrinsecè, & secundum jus naturæ ad valorem cujuslibet alterius testamenti postulantur: vt si non esset conditum cum sufficienti deliberatione, & aduertentia rationis. Neq; etiam sustinebitur, si non plenè constet, saltem per duos testes omni exceptione maiores, vel alia æquiualenti ratione, eam fuisse illius voluntatem, & cum illa decessisse; cùm hoc jure naturali, vel gentium ad plenam fidem faciendam postuletur. Credo etiam non debere sustineri testamentum, quod Princeps relinquit imperfectum, cum morte præuentus illud consummare non potuit; maximè si vera est opinio, quam suo loco examinabimus, quòd ejusmodi testamentum, etiam ad causas pias, non sustinetur ob defectum voluntatis ipsius testatoris, qui fortè si illud consummasset, aliquid ex jam in eo dispositis mutasset, vel aliud de integro edidisset.

Præterea, licèt in testamento Principis non requirantur juris solemnitates, 169 requiruntur tamen in testamento pri-

uati, quo Princeps hæres instituitur, vt habetur *in d. l. Ex imperfecto, Cod. de Testam.* vbi decernitur neque ipsum Imperatorem posse ex testamento imperfecto (idest, non solemni, vt Glossa ibi explicat) hæreditatem sibi vendicare; quia licèt Princeps legibus non subjiciatur, tamen legibus viuere proprium imperij est.

§. 2. *De testamento facto coram Principe.*

SUMMARIUM.

Testamentum factum coram proprio Principe non indiget solemnitatibus juris quoad testes; numer. 170. *Vtrum nihilominus oporteat, vt aliqui testes in eo interueniant? ibid.*

Quando censeatur quis testari coram Principe? num. 171.

In dubio, an testamentum fuerit Principi insinuatum, debet id probari per testes; & quot testes ad id sufficiant? ibid.

170 Testamentum factum coram Imperatore, & consequenter coram proprio Rege, aut Principe supremo, non indigere solemnitatibus juris quoad testes indubitatum est, *ex l. Omnium, C. de Testament.* vbi id expressè habetur. Quamuis autem absque solemni testium numero tale testamentum valeat; non conuenit tamen inter Doctores, an aliqui testes ad illud requirantur? Qua in re duas opiniones refert Couar. *in Rubr. de Testamentis, p 2. num. 2.* Vna est, nullum omnino testem requiri in tali testamento: pro qua citat Paul. Fulgos. & Jason *in d. l. Omnium.* Alia est, requiri duos testes, præter ipsum Principem: & pro hac refert Bartholum, Bald. & Alexand. dicitque esse communem juxta Socinum Juniorem *consilio* 128. *columm. fin. volumine* 1.

171 Censetur autem quis testari coram Principe dupliciter: vno modo, si porrigat Principi preces, in quibus exprimat qualiter de rebus suis disponit, supplicando Principi, vt illud suum testamentum approbet, & firmum esse velit: qua insinuatione facta licèt Princeps nihil super illis precibus rescribat, testamentum manet firmum & validum, vt sumitur *ex d. l. Omnium.* Alio modo, si solùm ore tenus coram Principe dicat, se instituere Titium hæredem &c. Hæc omnia tradit, & approbat Julius Clar. *lib. 3. Sententiar. §. Testamentum, q. 56. num. 7.* In dubio autem an testamentum fuerit aliquo ex prædictis modis Principi insinuatum, opus est vt id probetur per testes. Quot verò testes ad hoc requirantur? Nonnulla controuersia est: communior tamen sententia affirmat requiri, & sufficere duos. Sic cum Bartholo, & alijs resoluit Julius Clar. *supra.*

§. 3. *De testamento militis.*

SVMMARIVM.

Miles potest validè testari interuenientibus tantùm duobus testibus, qui debent esse omni exceptione maiores: satis tamen est, quòd sint fœminæ; num. 172.

Vtrum oporteat vt prædicti duo testes sint rogati? num. 173. *& seq.*

In testamento militis non requiruntur vlli testes pro forma, sed vndecumque constet de illius veritate, id satis est vt sustineri debeat; num. 174.

Priuilegia militaris testamenti solùm hodie competunt militibus quando sunt in castris, seu in expeditione. Et quando in castris esse censeantur? num. 175. *& seq.*

Militibus, qui testantur in ipso belli conflictu illud amplius conceditur, vt si quid tum temporis proprio sanguine in vagina, aut clypeo adnotauerint, vel in puluere descripserint, id testamenti vim habeat; d. num. 175.

Ijs qui in exercitu reperiuntur, milites autem non sunt, conceditur jure communi vt possint testari jure militari, si in terris hostium sint, & ibi

ibi declarant. Quid de jure Luſitano? Et quanto maiori priuilegio gaudeat teſtamentum veri militis, quàm eorum qui milites non ſunt, in exercitu autem reperiuntur? num.177.

Vtrum milites, qui bello injuſto dant operam, gaudeant d. priuilegio militari, quoad actum teſtandi? ibidem remiſſiue.

Teſtamentum militis, qui jure militari teſtatus eſt, habet vim, etiam poſtquam ille à militia dimiſſus eſt, ſi intra annum à dimiſsione moriatur, dummodo fuerit dimiſſus ex cauſa honeſta, & neceſſaria, non autem ignominioſe; ibidem.

Milites Claſsiarij jure militari teſtari poſſunt Et quinà Claſsiarij milites ad hunc effectum cenſeantur? n. 178. *An eodem priuilegio gaudeant omnes, qui ex Luſitania Regijs nauibus in Indiam tendunt? ibid. & num.*179.

*Vtrum acquiſita in Indica nauigatione per duces, naucleros & alios officiales nauis, ſint peculium Caſtrenſe? Et quando ejuſmodi peculium acquiratur? ſub d.num.*179.

*Vtrum etiam mulieres, ſi militiæ dent operam, gaudeant dicto priuilegio militari? num.*180.

172 INter priuilegia, quę multa militibus conceſſa ſunt, nec hactenus abrogata reperiuntur, præcipua ſunt circa eorum teſtamenta, ſeu facultatem teſtandi: omiſsis verò alijs, de quibus in progreſſu hujus tractationis, vbi fuerit opportunum, agendum erit, quod ad præſens inſtitutum attinet, eſt poſſe militem validè teſtari, interuenientibus tantùm duobus teſtibus. Ita expreſsè habetur *lib.*4. *Ord. Luſit.tit.*83.§. 5. idemq, eſſe ſecundum jus commune tradit Gloſſa *in l.* 1.*ff. de Milit.teſtam.verb.Nuda, & in l.Lucius,* 41.*ff.eodem, verb.Probationibus,* & conſtat apertè ex *l.Diuus,*25.*ff. eadem, & ex §.Planè, Inſt. eodem tit.* vbi dicitur, militum teſtamenta quoquo modo facta ita demum rata haberi, ſi prius conſtet teſtamentum factum eſſe: vnde cùm per duos teſtes ſufficienter de veritate conſtet, non plures ad militum teſtamenta requiruntur, & hæc eſt communis omnium ſententia. Debent autem illi duo [illegible] eſſe omni exceptione maiores, juxta id quòd notauimus *ſect.*5 *a num.*118.& tradunt Molina *diſp.*129.*num.*2 & alij apud Valaſc. *conſult.*117.*num.*12. ſatis tamen eſt quòd ſint fœminæ, vt habetur expreſſè *loco proximè citato* Ordin. Luſit. & tenet communis ſententia, quam relatis multis tradit Farinac. *de Oppoſit. contr. teſtes,q.*59.*num.*71. Julius Clar.*§.Teſtamentum,q.*55.*num.*5. Molin.*d. diſp.* 129. *num.*2. Ægyd. *in l.*1.*Cod.de Sacroſ. Eccleſ.p.*2.*§.*1.*ante num.*3. & Antón. Diana *tom.*7.*tract.*6.*reſol.*47. Probaturque optimè ex text. *in d.§.Planè, Inſtit.de Militit.teſtam.* & *in d.l.Diuus,* 25.*ff.eod.* ibi: *Conuocatis hominibus,* ſiquidem nomen, *Homo,* eſt generale, & vtrumque ſexum complectitur. Addit verò ex alijs Diana *ſupra,* non poſſe adhiberi pro teſtibus in teſtamento militis impuberes, neque cæcum, neque ſeruum; cæterùm non oportere, vt teſtes ſint in conſpectu teſtatoris: neque quòd ijdem teſtes toti teſtamento, & ſingulis ejus partibus interſint, neque quòd teſtes adhibiti ſubſcribant, vel ſignacula opponant: cùm militibus omnis hujuſmodi ſolemnitas remiſſa ſit. *Inſt. de Milit.teſtam. in princ.* ibi: *Neque aliam teſtamentorum ſolemnitatem obſeruauerint.*

Vtrum autem oporteat, vt prædicti 173
duo teſtes ſint rogati: Affirmat Gloſſa Accurtij *in dict.l.Diuus, verbo, Conuocatis, ff. de Milit. teſtament.* eſtque communis ſententia, pro qua plures refert Ægid.*proximè citatus ſub numer.*2.*verſ. Hos autem,* & Diana *infra citat.* Sumitur ex text. *in d. l. Diuus & in d. §. Planè, Inſt. de Milit. teſtam.* ibi: *Conuocatis ad hoc hominibus.* Hoc autem intelligunt Accurtius *ſupra,* & multi alij hujus ſententiæ Auctores, vt ſolùm procedat de teſtamento condito à milite extra conflictum belli. Si enim teſtetur in ipſo conflictu, inter mortis anguſtias, ad-

mittunt valere ejus testamentum, quoquomodo de illo constet, siue per testes rogatos, siue non rogatos. Cum qua limitatione prædictam communem sententiam amplexus est Legislator Lusitanus *loco proximè citato Ordin.*

Contrariam nihilominus sententiam
174 sequuntur non contemnendi Doctores Menchaca *de Succes. creatione, lib.* 3. *§.* 24. *num.* 16. Pichardus *in dict. §. Planè, Inst. de Milit. testam. num* 3 Diana, *tom.* 7. *tract.* 6. *resolut.* 46. latè hanc sententiam probans, & alij, quos citant, & sequũtur Valasc. *cons.* 104 *à num.* 18. & Ægid. *in d. vers. Hos autem.* Qui omnes tradunt non requiri in militari testamento etiam extra belli conflictum facto, testium rogationem pro forma, & solemnitate necessaria ad ejus valorem, sed solùm quatenus id fuerit necessarium pro veritate probanda, de qua si aliàs constet, nihil obesse non fuisse testes rogatos; imò neque vllis testibus opus esse, si aliter veritas probetur, vt nominatim aduertit Menchaca & tradit latè contra alios Enen Kelius apud Dian. *vbi supra, resol.* 45. Quæ quidem sententia mihi videtur satis probabilis, quia cùm militibus concessum sit, vt testentur quopuo modo velint, & possint *l.* 1. *ff. de Milit. testam.* ibi: *Faciant igitur testamenta, quomodo volent, faciant quomodo poterint:* omnis juris solemnitas eis remissa est, & valet nuda eorum voluntas, vt exprimitur eadem *l.* 1. Quare redactum est testamentum militis ad jus gentium, vt notat Pichardus *Inst. de Milit. testam. in princ. num.* 16. & consequenter solùm gratiâ probationis possunt testes esse necessarij, non vt testamentum valeat. Neque in contrarium vrgent verba textûs, quibus Aduersarij nituntur, *Conuocatis ad hoc hominibus*; quia illa verba non dicuntur dispositiuè, sed enuntiatiuè, & per modum instructionis, ad hoc vt postea possit constare de veritate testamenti, seu quòd miles non per jocum, aut blandiendo, sed serio, & ex animo testari intenderit, vt infra eodem textu aduertitur. In hoc tamen Regno, juxta *Ordin. supra cit.* verius credo, requiri simpliciter vt illi duo testes sint vocati, quamuis oppositum etiam dici possit juxta Menchacam *supra*, Pichardum *in d. §. Planè* qui similiter L. Castellæ ita interpretantur, vt solùm gratiâ probationis, & instructionis requirat quòd testes sint rogati.

Prædictum vero priuilegium, & cæteræ militaris testamenti exemptiones, licèt olim pro militibus quouis loco, & tempore testantibus concessa essent, quandiu in militum numero, seu albo continebantur: attamen postea Justinianus Imperator ea restrinxit ad milites, quando essent in expeditione, seu in castris, vt constat *ex §. Illis autem, & §. Sed hactenus, vbi Glossa,* 1. *de Milit. testam & ex l. penultima Cod. eod. tit.* ibi: *Ijs solis qui in expeditionibus occupati sunt.* Tunc autem censentur esse in expeditione, quando vel sunt in castris, seu sub tentorijs, vel sub signis procedunt armati ad congrediendum cum hoste. Vnde à fortiori gaudent prædicto priuilegio, qui testantur in ipso belli conflictu, quibus illud amplius conceditur, vt si quid tum temporis in vagina, aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotauerint, aut in puluere scripserint gladio, id testamẽti vim habeat. Sic habetur *in d. l. Milites, Cod. de Milit. testam.* Atque hæc omnia explicatius decernuntur, *d. lib.* 4. *Ordin. Lusit. tit.* 83. *§.* 5. eaque satis eruditè illustrat Valasc. *consult.* 104. *à num.* 7. 175

Ex quibus colliges non gaudere priuilegio militari circa actum testandi milites vllos, quando citra bellicam expeditionẽ in suis domibus, vel alijs locis cõmorantur, vt hyemandi, aut quiescendi causa, *d. §. Illis autem, Inst. de Milit. testam.* neque milites stationarios, qui scilicet in aliquo loco, vel castro præsidij causâ, pro comprimendis rebellionibus aluntur: neque limitaneos, vulgò Fronteiros, qui in Regni finibus muniunt oppida, & Castella aduersus vicinos hostes, præterquã, si testentur quando fuerint obsessi, vel in ipso prælij conflictu. Sic contra multos, quos citat, & sequitur Diana *d. tract.* 6. *resol.* 44. docet Valasc. *supra, à num.* 10. 176

&

& Ægid. *d. §. 1. sub num. 7.* vbi alios refert, habeturque expresse *Ordin. Lusit. d. tit. 83. §. vlt.* Addit tamen Valasc. *numer. 15.* quando dicitur, priuilegia circa actum testandi non concedi militi existenti extra expeditionem, id esse intelligendum, si existat alibi propter suam priuatam vtilitatem: secus si ex jussu Reipub. seu ducis: item si in expeditione ægrotauit aut sauciatus est, & ad tempus missus fuit extra castra, vt se curaret, gaudere tum temporis ex æquitate, & benigna interpretatione dicto priuilegio militaris testamenti, quod etiam apud eundem Valascum tenet Vigilius: & probat latiùs relatis alijs Diana *tom. 7. tract. 6. resolut. 43.* vbi alias quoque limitationes in fauorem militum extra castra testantium adducit.

177 Quòd si in castris, seu in exercitu aliqui reperiantur, qui milites non sint, his etiam per leges concessum est vt testari possint jure militari, si modo in terris hostium sint, & ibi decedant. Ita habetur *l. finali, ff. de Milit. testam. & l. vnica, ff. de Bonor. possess. ex testam. militis*: consentit *Ordinat. Lusit. d. tit. 83. §. penult.* quamuis cum hoc discrimine, quòd leges illæ non requirunt vt tales testatores occumbant in prælio, sed tantùm quod moriantur in loco hostili: Ordin. vero Lusitana exigit vt moriantur in prælio, ibi: *Mas os testamentos que fizerem, não serão valiosos, senão morrendo elles na batalha.* Vnde quoad facultatem testandi jure militari, dupliciter sunt magis priuilegiati veri milites, quàm prædicti qui milites non sunt, in exercitu autem reperiuntur. Primò, quia veri milites gaudent dicto priuilegio, etiam quando non sunt in castris hostium, si modo sint in expeditione, seu in castris, juxta supradicta. Secundò, quia eorum testamenta ibi facta jure militari vim habent, non solùm si in bello decedant, sed etiam postquam dimissi fuerint, & in propriam domum reuersi, si intra annum à dimissione moriantur, *l. Quod constitutum, l. Testamenta eorum, ff. de Milit. testam. l. Ex testamento, Cod. de Testament. milit.* Ordin. Lusit. *d. tit. 83. §. 6.* Oportet autem, vt dimissio fit ex causa honesta & necessaria, non autem ignominiosa, *d. l. Testamenta eorum, & d. §. 6 Ordinat. Lusitanæ.* Vtrum vero dicto priuilegio gaudeant milites, qui bello injusto dant operam? disputat in vtramque partem Ægid. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 2. p. §. 1. num. 14. & seqq.* & in partem affirmatiuam magis inclinat. Illum consule.

De militibus Classiarijs, idest, qui nauibus ad dimicandum vehuntur, dubium non est, quod militari jure testari possunt, dum sunt in classe. Sic habetur *in d. l. vnica, ff. de Bonor. possess. ex testamento militis*, vbi vlterius declaratur, in classibus etiam nautas, & remiges milites esse, necnon nauarchos & alios officiales. Dubitari verò solet, vtrum qui ex hoc Regno Regijs nauibus in Indiam tendunt, jure militari testari possint, quemadmodum Classiarij? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua est, quia constat omnes, qui in prædictis nauibus in Indiam proficiscuntur, esse relatos in militum numeros, & regijs expensis sustentari, quandiu ea nauigatio durat: vnde scribit Caldas *in l. Si curatorem, verbo, Læsis, num. 91. vers. Ex cujus decisione*, quidquid Duces, Nautæ, Naucleri & alij in hac nauigatione acquirunt, esse peculium Castrense. Quare videtur, quòd tunc etiam gaudent priuilegio militaris testamenti, si eo fine nauigant, vt in India militiam exerceant. 178

Nihilominus hos nauigantes dicto priuilegio non gaudere, etiamsi principaliter militiæ exercendæ causâ profecti sint, veriùs credit Ægyd. *d. §. 1. sub numer. 8. vers. De alijs verò*: & meritò, quia licèt ejusmodi milites nauigent animo militandi in India, attamen dum eò nauigant, non sunt in expeditione bellica, quæ scilicet proximè ordinetur ad congrediendum cum hoste, sed tantùm in expeditione nauigationis vt perueniant ad amicos Indiæ portus, vbi bellica expeditio suscipienda est: vnde quemadmodum ipsimet milites ad Ciuitatem Goanam appulsi testari non possunt jure militari, ante- 179

tequam in castris, aut classibus collocentur, sic dum ad ipsum Goæ portum nauigant, eo priuilegio non gaudent. Confirmatur; nam miles terrestris, dum propria domo iter facit ad locum, vbi congregandus & disponendus est exercitus, non gaudet dicto priuilegio, sed tantùm postquam jam est in ipso exercitu, vt ex dictis constat: ergo similiter, qui nauigat ad locum vbi exercitus cogendus est, non gaudet illo priuilegio, nisi postquam est in ipso exercitu.

Neque in contrarium vrget, quod acquisita in Indica nauigatione per Duces, scribas nauium, naucleros, &c. habeant rationem peculij Castrensis: nam præter quòd oppositum fortasse est verius, vt sentit Ægyd. *supra, num.* 13. non in quouis loco, aut tempore, quo quis peculium Castrense acquirit, militari jure testari potest; siquidem peculium Castrense est, quod occasione militiæ acquiritur, siue acquirens sit in expeditione, siue extra illam, vt quod ei proficiscenti, aut pro festuro ad bellum ab amicis, vel cognatis ea de causa datur, *l.* 1. *Cod. de Castr. peculio lib.* 12. ibi: *Castrensi peculio cedunt res mobiles, quæ eunti in militiam à patre, vel matre, alijsue propinquis vel amicis donatæ sunt.*

180 Ad extremum potest hic dubitari, vtrum si contingat mulieres in exercitu militare, aut in castris versari, dicto priuilegio gaudeant, quemadmodum viri? Respondet affirmatiuè Ægyd. *dict.* §. 1. *num.* 27. & meritò, cùm etiam fœminæ nomine militum veniant, eademque de illis sit ratio, atque de viris. Addit tamen jure optimo idem Ægyd. *numer.* 28. secus dicendum esse de mulieribus versantibus in castris ex causa turpi, & inhonesta, cùm nullum mereantur fauorem: nec leges talibus fauere intendant, vt satis per se videtur patens. Notat etiam consequenter idem Auctor *dict. num.* 27. cum Quesada *Diuers. quæst. jur. cap.* 7. *num.* 6. Quod vt viri, sic etiam fœminæ militiam sequentes, jure peculij Castrensis fruentur in ijs, quæ causâ militiæ acquisierint.

§. 4. *De testamento Clerici.*

SUMMARIUM.

Sæpe valet argumentum à militibus Sæcularibus ad clericos; numer. 181.

Vtrum clerici possint validè testari absque solemnitatibus juris Ciuilis? Prima sententia absolutè affirmat; num. 182. *Secunda absolutè negat, nisi testamentum fiat in terris subjectis temporali dominio Ecclesiæ Romanæ; numer.* 183. *& seq. Et nisi clericus testaretur dum esset in conflictu spirituali prædicando fidem inter infideles. Sed hæc limitatio rejicitur; num.* 185.

Tertia sententia tenet, non requiri illas solemnitates, quando clericus instituit hæredem alium clericum: secus verò si instituat laicum; num. 186. *De quibus clericis dicta tertia sententia procedat; ibid.*

Iudicium Auctoris circa prædictas sententias; num. 187.

CVm proximè egerimus de testamento militis, congruit vt statim dicamus de testamento clerici, qui etiam est miles, quanuis militiæ longè altioris; quamobrem valet sæpe argumentum à sæcularibus militibus ad clericos, vt eruditè prosequitur Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacrosf. Eccles. p.* 2. §. 1. *à numer.* 16. Non omnia tamen, quæ circa testamenta clericorum agitari solent, hîc sunt pertractanda, sed tantùm quod hujus loci est proprium, vtrum clerici validè testari possint absque solemnitatibus juris Ciuilis? In qua quæstione tres reperio sententias principales. 181

Prima sententia absolutè affirmat, quam sequuntur Valasc. *conf.* 74. *numer.* 13. & Martha *de Iurisdictione, cent.* 1. *casu* 28. *numer.* 1. vbi pro eadem refert Abbatem, Decium, & Menchac. Is tamen postremus Auctor *lib.* 3. *de Successiou. creat.* §. 22. *numer.* 38. *in fine*, dicit cogitandum, cùm superiùs rem in vtramque partem dis- 182

disputauerit, & DD. allegauerit: absolutè verò hanc sententiam amplectitur *lib. 3. de Success. progressu*, §. 30. *num.* 27. Ducuntur quia clerici non subduntur legibus Ciuilibus, sed tantùm Canonicis seu Ecclesiasticis, *cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de Constitut*: legibus autem Canonicis non præscribuntur, neque approbantur pro testamento solemnitates jure Ciuili introductæ, imò potius improbantur vt constat *ex cap. Cum esses, de Testament.* vbi Pontifex expressè dicit, se improbare consuetudinem, ex qua in testamentis exiguntur septem, aut quinque testes, statuitque vt valida & firma habeantur testamenta, quæ facta fuerint coram proprio Parocho, & duabus, aut tribus alijs personis idoneis. Quæ Decretalis vim habet quo ad omnes, qui in temporalibus Summo Pontifici subduntur, cujusmodi sunt non tantùm qui degunt in terris & dominijs Ecclesiæ Romanæ, vbi illa Decretalis ex omnium sententia seruari debet, sed etiam omnes personæ Ecclesiasticæ in quibuscumque alijs Regnis & dominijs Christianitatis viuant. Vnde concludit Valascus, vt clericorum testamenta sint valida & legitima, sufficere quod fiant juxta formam præscriptam *in d. cap. Cum esses*, nempe coram duobus, aut tribus testibus idoneis, præsente simul Parocho testatoris: quòd si Parochus præsens non sit, satis esse quòd loco illius adhibeantur alij duo testes, ita vt omnino sint quatuor testes: suppleri enim Parochi præsentiam per duos testes verior sententia affirmat, vt vidimus *sect. 5. numer.* 106. & præter ibi citatos, tenet dicens esse magis communem Azeuedus *lib. 5. Nouæ collectionis, tit. 4. l. 2. n.* 51.

183 Secunda sententia ex opposito negat, clericos existentes in terris Principum laicorum posse validè testari absque solemnitatibus legum Ciuilium, quæ in illis terris obseruantur. Hanc tenent Mol. (licèt non admodum firmus) *disp.* 133. *num.* 8. Soares *lib. 3. de Legibus cap.* 34. *num.* 21. *fine*, Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num.* 20. Negreiros, *Introduct. vlt. volunt. lib. 3. cap. 5. numer.* 21. & alij. Eandem tenet Ægyd. *in l. 1. Cod de Sacros. Eccles. p. 2. §. Sub num.* 23. Quanuis cum limitatione quam ponit *num.* 24. pro quodam casu infra explicando; & habetur *in l. Cum lege, juncta Glossa ibi, verbo, Secundum leges, Cod. de Episcop. & clericis.* Fundamentum est, quia clerici non ita sunt exempti à legibus Ciuilibus, vt non teneantur eas seruare quando sunt justæ & latæ pro tota communitate, nec præcipiunt aut constituunt aliquid contra decentiam, & exemptionem Ecclesiastici status, vt omnium fere Theologorum & Juristarum sententia est, quam optimè probat, & declarat Soares *d. cap.* 34. *à num.* 6. Tales autem sunt leges pręscribentes solemnitates testamentorum, vt per se constat: neque enim aliquid indecens, aut damnosum continent personis Ecclesiasticis, imò in illorum etiam commodum redundant, cùm illis etiam prosint, ne fraudibus illorum testamenta facilè subuertantur.

Quòd si dicas, satis esse quòd illæ leges pugnent cum lege Canonica, quæ aliam solemnitatem pro testamento præscribit, *vt in d. cap. Cum esses*, ad hoc vt non debeat ligare personas Ecclesiasticas. 184
Respondetur facilè, illam legem Canonicam non loqui specialiter de testamentis clericorum, sed generaliter de quibusuis testamentis, proindeque non continere speciale priuilegium clericis concessum: atque adeo quemadmodum non comprehendit testamenta laicorum qui degunt in terris non subjectis temporali dominio Ecclesiæ Romanæ, vt communis & vera sententia affirmat, ita etiam non habere locum in testamentis Ecclesiasticorum in eisdem terris commorantium. Pro qua responsione facit quod tradit Menchaca *lib. 3. de Success. creat, §. 22. sub numer.* 43. *vers. Sed contrarium* vbi sic ait: *Clericus vtitur jure communi regulariter quoad bona: at lex generaliter loquens comprehendit personas vtcumque priuilegiatas, nisi in materia de qua agitur, reperiantur habere peculiare priuilegium, l. In fraudem, §. fin. ff. de Milit. testam. Decius Alex. & communis opinio.*

nio. Vnde in hac secunda sententia non admittitur, quod supra pro priori sententia dicebatur, Decretalem dicti *cap. Cum esses*, habere vim quoad omnes, qui in temporalibus subduntur Papæ, sed tantùm quoad eos, qui degunt in terris Ecclesiæ Romanæ, pro quibus lata esse censetur.

185 Limitat autem hanc secundam sententiam Ægyd. *supra dict. num.* 24. vt non procedat in testamentis clericorum quādo occupantur in expeditione, aut conflictu spiritualis militiæ, id est, quando inter Infideles prædicationi fidei incumbunt, quod tunc non debeant esse minùs priuilegiati, quàm milites sæcularis militiæ, quibus remissa est solemnitas legum pro testamentis quæ condunt, quando sunt in expeditione, aut conflictu belli. Nam si sæpe aliàs valet argumentum à militibus sæcularibus ad cœlestes milites, quales sunt clerici, maximè in præsenti casu valere debet. Cæterùm hæc consideratio, licèt pietate sit plena, & magna ratione suffulta, vereor ne tanquam valde singularis, & ex nouitatis studio excogitata rejiciatur, præsertim cùm alio etiam vitio non parum laboret: nam si illud argumentum à militibus armatæ militiæ valet; non solùm probat posse clericos vti eorum priuilegio, quando inter Infideles disseminandæ fidei dant operam, sed etiam quouis alio tempore, & loco vbi clericalia ministeria exercent: cùm spiritualis clericorum militia non consistat solùm in prædicanda fide inter infideles, sed etiam in multis alijs ministerijs clericorum proprijs, quibus dum insistunt, non dubium est quin in propria expeditione, & conflictu talis militiæ occupentur. Cùm igitur præcitatus Auctor non admittat, posse clericos testari juxta priuilegium militaris testamenti, quando hujusmodi ministeria exercent, admittere etiam non debuit eos gaudere hoc priuilegio, quando fidem prædicant inter Infideles. Aliunde autem facilè admitti potest clericos in terris Infidelium testari posse absque solemnitatibus legum Ciuilium, juxta ea quæ *sect. præcedenti*, §. 1. *num.* 151. *& seqq* generaliter tradidimus circa solemnitates, quas obseruare debēt qui in terris Paganorum testantur.

Tertia sententia media inter præcedentes asserit, si clericus instituat hæredem alium clericum, non teneri seruare solemnitates juris Ciuilis; secus autem si instituat laicum. Ita Guttier. *Pract. Quæst. lib.* 2 *q.* 49. *num.* 7. *&* 8. Azeuedus *lib.* 5. *Nouæ Collect. tit.* 4. *l.* 2. *n.* 52. Thomas Valasc. *tom.* 1. *Allegat super varias materias, allegat.* 30. *num.* 1. *&* 2. & alij quos referunt. Fundamentum videtur esse, quia quando clericus instituit alium clericum, nihil est in tali testamēto, quod non gaudeat immunitate Ecclesiastica; cùm tam personæ, quàm bona clericorum exempta sint à potestate sæculari, *cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ, de Constitut.* ergo tunc non est cur in tali testamento debeant seruari solemnitates legibus sæcularibus inductæ. Quando autem clericus instituit laicum, non debet ea institutio esse magis priuilegiata, quàm laicus ad quem bona defuncti deuoluuntur, qui cùm à laicis potestatibus exemptus non sit, potuerunt Principes sæculares statuere, vt nulla bona etiam clericorum, acquirere posset ex testamento, in quo non fuissent obseruatæ solemnitates, quas per suas leges præscribunt; & ita in facto statuisse censendum est: cùm eas leges condiderint pro omnibus quos ligare poterant; neque in hoc violant libertatem Ecclesiasticam, etiam indirectè; cùm vtantur jure suo propter commune bonum & non in odium, aut damnum Ecclesiasticorum. Hanc sententiam etiam quoad priorem partem ampliat Thomas Valascus cum Burgos de Pace, vt procedat etiam in clericis constitutis in Minoribus, si habeant conditiones requisitas à Trid. *sess.* 23. *cap.* 6. vt Fori priuilegio gaudere possint. Si tamen tales clerici sint conjugati, addunt duo prædicti DD. non posse eos testari absque solemnitatibus juris Ciuilis, etiam si clericum hæredem instituere velint; quia licèt gaudeant priuilegio Fori, & Canonis, non sunt omnino exempti à potestatibus Ciuilibus, vt conſ-

constat *ex cap. vnico de Clericis conjugatis, in* 6. & ibi Glossa, *verbo, In cæteris.*

187 Omnes hæ sententiæ mihi videntur satis probabiles: secundam tamen judico probabiliorem, & in praxi seruandam, etiam quando clericus instituitur hæres. Si tamen alicubi oppositum receptum sit in praxi, id seruandum est, vt aduertit Molina *dict. num.* 8 *in fine*. Responsio ad fundamenta contraria pro alijs sententijs adducta patet ex dictis pro eadem secunda sententia.

§. 5. *De testamento inter liberos.*

SUMMARIUM.

Vt testamentum inter liberos sit validum, non indiget vulgaribus juris solemnitatibus, & duo testes in eo sufficiunt; etiamsi sint fæminæ; neque oportet, quod sint rogati, num. 188. *Imò licet nulli interueniant testes, si alia ratione de voluntate testatoris constet, id sufficit vt tale testamentum sustineri debeat: satisque est, quòd parens propria manu illud scripserit, licèt non subscripserit; num.* 189.

Quando parens inter liberos testatus est in charta manu ipsius scriptâ, nullis adhibitis testibus, vt tale testamentum sustineatur, opus est vt sufficienter constet, illam chartam fuiße scriptam à testatore. Qua ratione id probari posit? ibidem & num. 191.

Satis est quod charta testamenti inter liberos sit subscripta à testatore, licèt non sit ab eodem scripta, ad hoc vt tale testamentum sustineatur; num. 192.

Vt subscribens dictum testamentum habeatur pro scribente, opus est quòd legerit scripturam ipsius testamenti: in dubio autem præsumitur eam legiße, & onus probandi contrarium transfertur in aduersarium; ibid. Qualis dicta subscriptio esse debeat: & qua ratione probari oporteat, eam esse factam à testatore? num. 193.

Vt testamentum inter liberos valeat, etiam in foro externo, satis est quòd in eo interueniant conditiones, quæ secundum jus naturæ, & gentium postulantur, ad hoc vt quælibet dispositio de proprijs bonis sit valida, & sufficienter probari possit; num. 194.

Valere testamentum inter liberos, etiam absque institutione hæredis nonnulli asserunt, contra communem sententiam; ibid.

Testamentum non solemne inter liberos valet, etiamsi fiat voce tenus, num. 195. *Valet etiam simile testamentum aui, vel auiæ & aliorum ascendentium, inter descendentes. Et vtrum idem dicendum sit de testamento descendentium inter ascendentes? num.* 196. *Valet similiter dictum testamentum, licèt fiat inter liberos, qui non sint in potestate testatoris. Et quid si fiat inter filios illegitimos naturales? numer.* 197. *Valet etiam quanuis inæqualiter instituantur; num.* 198. *Vtrum ipsa etiam extraneis relicta in tali testamento sint valida, non obstante solemnitatis defectu? ibidem, & numer.* 200. *cum seqq.*

Vtrum testamentum non solemne inter liberos reuocet testamentum solemne prius conditum ab eodem testatore? Negat Ægydius. Sed contrarium est verum & commune, etiamsi in priori testamento soli liberi fuerint instituti: & licèt in eo fuerit apposita clausula derogatoria cujuscumque sequentis testamenti, de qua nulla mentio fiat in sequenti non solemni inter liberos condito; num. 203. *& seqq.*

Quanuis primum testamentum sit solemnißimum reuocatur per secundum minus solemne, in quo reperiuntur, quæ aliàs de jure sufficiunt vt sit validum, vt per testamentum non solemne ad pias causas, vel militare; dict. num. 205. *& seq.*

Testamentum inter liberos, quantumuis priuilegiatum, non valet, si sit imperfectum ex defectu voluntatis, idest, si testator illud non absoluit, cum vlteriùs progredi vellet: licèt aliqui refragentur; numer. 208. *In dubio autem censetur*

setur testamentum absolutum, seu integram testatoris voluntatem continere, ibid.

Non valet etiam testamentum inter liberos, in quo aliquis filius est præteritus; num.209.

Testamentum inter liberos non ita est priuilegiatum, vt possit fieri nutibus; numer.210.

Omnia prædicta circa testamentum inter liberos intelliguntur & procedunt, etiam spectato jure Lusitano; num.211.

188 VT testamentum inter liberos, idest, quo pater, aut mater bona sua inter filios diuidit, sit validum, certum est non requiri vulgares juris solemnitates, per text. *in l. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. de Testam. cum similibus*; & ita habet commmunissima Doctorum sententia. Certum est etiam, posse ejusmodi testamentum constare, & probari duobus testibus, vt notat Glossa *in l.vltima, verbo, Vel indicijs, Cod. Famil. ercisc un.& in Auth. Quod sine, C. de Testament.* Estque communis sententia, quam tradunt Mol. *disp.*128. *num.*1. Valasc. *cons.*117.*num.* 12. Ægyd. *in l.* 1. *Cod.de Sacros.Ecclef.p.*2.*§.*3.*num.*4. Negreiros, *lib.*3.*Introduct.vltim.vol. cap.*4. *num.* 2. qui alios antiquiores referunt, possuntque ejusmodi testes esse fœminæ, vt notat Glossa *in dict. Auth. Quod sine*, Molin.Ægyd.& Negreitos *locis citatis*, cæteriq; communiter, vt videre est apud Farinac. *de Opposit.contr.test. q.*59. *num.* 68. vbi plures refert. Neque oportet quod sint rogati, juxta Glossam *in l.fin. verbo, Excepto, Cod. de Codicillis*, quam sequuntur Decius, Sigismundus, & multi alij apud Ægyd. *proximè citatum*, & Farinac. *de Opposit. contr.test.q.*62.*num.*154. qui in eadem sunt sententia, quam etiam sequitur Mol. *supra, dict. num.*1.

Imò verò satis esse quod aliqua ratio-
189 ne constet de voluntate testatoris, ad hoc vt tale testamentum sustineatur, licèt nulli testes in eo sint adhibiti, docent meritò Valasc. *cons.*67.*num.*7. Gabr. Per. *decis.*32.*num.* 10. & alij, quos citant, per text. *in d.Auth. Quod sine, Cod.de Testament.* Quod etiam mihi probat *d. l. vlt. Cod. Famil.erciscundæ*, vbi dicitur custodiendam esse dispositionem defuncti quibuscumque verbis, aut indicijs de illa constet, etiam si legum solemnitate fuerit destituta. Vnde si parens inter liberos testetur in charta manu ipsius scriptâ, id sufficit vt talis voluntas impleri debeat, idque licèt testator non subscripserit, vt constat *ex d. Auth. Quod sine.*

Vt autem tali scripturæ stetur, opus 190
est vt sufficienter probetur, chartam illam fuisse scriptam à testatore. Qua ratione verò id probari debeat? non conuenit inter Doctores. Quidam enim dicunt, oportere vt probetur per testes, qui deponant se vidisse testatorem illam chartam scribere, & simul quæ in ea scripsit. Sed hæc opinio jure optimo tanquam inepta rejicitur à Valasc. *d.consult.*67. *ante num.* 14. Quia si testes deponere debent de contentis in tali charta, sequitur nullam esse specialitatem in charta testamenti inter liberos, quæ à testatore reperitur scripta; siquidem sine ea cum solis duobus testibus valet testamentum inter liberos nuncupatum: consequens autem est contra text. *in d. Auth. Quod sine.*

Alij ergo dicunt requiri, & sufficere, 191
quòd testes deponant se vidisse patrem dictam chartam scribentem, quanuis nō deponant de contentis in ea. Alij autem credunt, non sufficere quòd testes deponant se vidisse eam chartam scribi à testatore, sed requiri vlteriùs comparationem literarum, per quam constet illam chartam esse scriptam manu testatoris. Et hæc videtur esse communior opinio. Alij denique opinantur requiri, quòd testes deponant scripturam esse factam manu testatoris, adjiciendo causam, quia viderunt eam scribi ab illo, & bene de hoc recordantur. Omnes has opiniones refert Valasc. *sup. à n.*12. qui tādem *n.*14. cōcludit in praxi admissū esse vt sufficiant testes deponentes illā esse literā testatoris, coquod viderint eum sæpissime scribere, & bene notam habeant illius manum, seu

cha-

characteres, & [illegible] ſit comparatio in-[illegible] in forma [illegible] per notarios [illegible] Audit [illegible] ita ſæpiſsimè vidiſſe judicatum. Et hæc praxis mihi videtur maximè rationabilis.

192 Similiter quando charta in qua quis inter liberos teſtatur, non [illegible] ſcripta, ſed [illegible] ſubſcripta, ſatis [illegible] vt [illegible] teſtamentum ſit validum, & impleri [illegible] Valaſc. [illegible] 67. num. 8 G[illegible] deciſ. 61 in princ. [illegible] Gabr. Pereira d. deciſ. 32. [illegible] 2. & [illegible] referunt per *Auth. Si modo, Cod. Famil. ercifcund.* ibi: *Si modo [illegible] ſcripturæ, vel ipſius parentis, vel [illegible] ſubſcriptio*: in quo textu licèt non exprimatur ſufficere ſolam ſubſcriptionem teſtatoris, attamen ita [illegible] probatur facilè à contrario [illegible] *Quod ſine, Cod de Teſtam. nt.* E[illegible] ca, quia ſubſcribens cenſetur ſcribere omnia contenta in præcedenti ſcriptura. *Inſt. de Empt. & vendit. in princip. & l. Pluribus, ff. de Verbor. obligat. cum ſimilibus.* Quod intellige, niſi in aliquo caſu oppoſitum decernatur, vt *lib. 3. Ordin. Luſit. tit. 59. §. 15.* Vt autem [illegible] prohibente, [illegible] quod [illegible] contenta in ſcriptura [illegible] non conſtet, [illegible] voluiſſe. in dubio enim ſubſcribentes præſumuntur legiſſe ſcripturam, & onus probandi cōtrarium transfertur in Aduerſarium. Sic cum Bartholo, & multis alijs Valaſc. *ſupra, numer. 9.* & Gabr. Pereira *num. 3.*

193 Oportet [illegible], vt talis ſubſcriptio fiat characteribus ab ipſo teſtatore exaratis, ita vt non ſufficiat ſi tantùm ſubſcribat pingendo ſignum crucis, vel aliam ſimilem notam: neque quod ſolum apponat [illegible] Non oportet autem quod ſubſcribat ſpecialiter, vt dicendo, *Legi, & rata habeo omnia & ſingula, quæ in hac ſcriptura continentur*; ſed ſufficit ſubſcriptio generalis, qualis erit, ſi tantùm ſcribat, *Signo hoc meum teſtamentum*. Ita Valaſc. *dict. conſ. 67. numer. 11.* & ex eo Gabr. Pereira *ſupra, numer. 8. fine.* Item quemadmodum ſupra diximus, oportere vt charta teſtamenti inter liberos ſcripta [illegible] teſtatoris probetur per teſtes deponentes illam ſcriptam eſſe factam à teſtatore; ita ſimiliter, & eodem modo neceſſarium eſt, vt quando talis charta ſolùm eſt ſubſcripta à teſtatore, probetur [illegible] ſubſcriptionem eſſe teſtatoris. Quod quidem ſatis ex prædictis colligitur, & tradit benè Gab. Pereira, *dicta deciſi n. 32. numer. 5.*

Ex his pro regula ſtatuendum eſt, vt teſtamentum inter liberos valeat, etiam in foro externo, ſatis eſſe quòd in eo [illegible] conditiones, quæ ſecundum jus naturæ, [illegible] poſtulantur, ad hoc vt qualibet diſpoſitio de proprijs bonis ſit valida, & ſufficienter probari poſsit. Quod adeo verum exiſtimat Valaſc. *conſult. 23. numer. 3. & 4.* vt conſtanter affirmet, etiam abſque hæredum inſtitutione tale teſtamentum valere; vt quando pater, omiſſo inſtitutionis titulo, bona ſua filijs aſsignauit per particularia relicta. Quod potiſsimùm probat *ex dict. leg. finali, Cod. Famil. ercifcundæ*, vbi approbatur, & impleri jubetur teſtamentum, & codicillus parentis inter liberos. *Quocumque modo ſcripturæ, quibuſcumque verbis, vel indicijs inueniantur relictæ.* Et ita etiam ſentiunt alij apud eundem Valaſcum, & Ægyd. *dict. § 3. numer. Ad finem.* Quibus adde Gloſ. *ſingul. in Auth. Nouiſsima, Cod. de Inoffic. teſtament.* In contrarium tamen ſtat communis ſententia, à qua non eſt recedendum. 194

Jam verò traditam regulam, ſeu priuilegium teſtamenti inter liberos ampliabis, Primo vt locum habeat, ſiue teſtamentum conficiatur per ſcripturam; (de qua nulla poteſt eſſe dubitatio, vt ex dictis conſtat) ſiue per nuncupationem, ſeu voce tenus, vt notauit Gloſſa vltima *in dict. Auth. Si modo, Cod. Familiæ ercifcundæ*, *per leg. vltimam, Cod. eodem, & in leg. Hac conſultiſsima, §. Ex imperfecto, Cod. de Teſtament.* Quam ſen- 195

T

ſententiam tenent,& communem eſſe affirmant multi, quos citat, & ſequitur Negreyros *dict. cap.* 4. *numer.* 6. tenent etiam Valaſc. *conſ.* 67. *ante num.* 14. Mol. *dict. diſp.* 128. *num.* 1.

196 Ampliabis ſecundò, locum habere prædictam regulam, non ſolùm in teſtamento patris, aut matris inter filios, ſed etiam in teſtamento aui,& auiæ aliorumque deſcendentium inter nepotes vel alios inferiores deſcendentes, vt conſtat *ex Auth. de Teſtamentis imperfectis, in princip.* & notat Molin. *ſupra numer* 3. An vero eodem priuilegio gaudeat teſtamentum deſcendentium inter aſcendentes? Affirmat cum alijs Anton. Gom *ad l.* 3. *Tauri, numer.* 54. At contrariam ſententiam ſequitur Speculator citatus *in addit. ad Gloſ. in dict. §. Ex imperfecto.* Et hanc opinionem vt communem tradunt, & ſequuntur Emmanuel da Coſta *in cap. Si pater, p.* 3. *verbo, Priuare non poſsit, numer.* 11. *de Teſtament. in* 6. Iul. Clarus *lib.* 3. *Sententiar. §. Teſtamentum, q.* 12. *in fine,* qui tamen f[illegible] oppoſitam affirmatiuam eſſe in puncto juris veriorem, Sanch. *tom.* 2. *Decal l. b.* 7. *cap.* 9 *numer.* 20. Rojas *Epit. Succeſ. cap.* 31. *num.* 12. & Mol. *dict. diſp.* 128. *numer.* 5. eoquod non ſit textus vnde id colligatur. Et præterea, quia magis fauorabile eſt, quod parentes diſtribuant bona inter liberos, quàm quod liberi diuidant inter parentes, vel alios aſcendentes.

197 Ampliabis tertiò, vt procedat dicta regula ſiue filij ſint in poteſtate teſtatoris, ſiue extra illam, vt aduertit Gloſſa *in dict. l. vltima, Cod. Famil. erciſcundæ, verbo, Hæredes ſuos, per leg. Hac conſultiſsima, §. Ex imperfecto, Cod de Teſtament.* vbi idem priuilegium expreſſé conceditur patri, & matri inter liberos teſtanti: conſtat autem filios non eſſe in poteſtate matris; *& ver[illegible] tor, per eandem l. vltimam, ibi: Vel emancipatos, quos prætor ad ſucceſsionem vocat.* Quod etiam docet Anton Gom.& Iul. Clarus *ſupra,* Molin. *dict. diſput.* 128. *numer* 1. Negreyros *dict. cap* 4. *numer.* 7. & alij. V[illegible]um vero [illegible] dicendum

ſit d[illegible] teſtamento inter filios [illegible] naturales? A[illegible] Doctores in teſta[illegible] atris, [illegible] naturales pari modo [illegible] dandi [illegible] tris, atque legitim[illegible] iam ſi [illegible] luſtris? *Si q[illegible] a[illegible]dem, Cod. [illegible]num,* & teſtet c[illegible] apud Molin. *d[illegible]p.* [illegible] *numer.* 10. In teſtamento autem m[illegible] Bald. Alex. & Jaſ. *in* [illegible] *to,* & Iul. Cl[illegible] *dict. q.* 12 [illegible] hanc ſententiam dicit communem. Magis tamen placet, vt etiam in teſtamento patris, & aliorum aſcendentium inter filios & deſcendentes [illegible] habeat dictum priuilegium teſtamenti inter liberos quoad ea bona, quæ [illegible] deſcendentibus [illegible] cum alijs Anton. Gom *in l* 3 *Tauri, numer.* 54. Molin. *d. diſp* 128 *n.* 4 qui addit, id ſibi eſſe citra dubium in hoc Regno Luſitaniæ quod [illegible] plebeij, cum [illegible] parentibus tam ex teſtamento [illegible] inteſtato, cum a[illegible] preſsè habetur *lib.* 4. *Ordinat.* [illegible] *titul.* 92.

Ampliabis quarto, vt intelligatur, quamuis in tali teſtamento fuerint liberi inæqualiter inſtituti, id eſt, plus vni quàm alteri relinquatur Ita Paul. Caſtrenſ. Alex. Gr[illegible] & [illegible] alij, quos citat & ſequitur Ga[illegible] 61. *num.* 2. Mantica *de Conject. vlt. vol. lib.* 6. *tit.* 2 *ſub numer* 11 [illegible] *& ſeq.* Emmanuel da Coſta *in dict cap. Si pater, p.* 1 *verbo, In ſuo teſtamento, numer* 2. Molin. *dict. diſput.* 128 *numer.* 1. Negreyros *dict. cap.* 4 *numer.* [illegible] qui bene id colligit ex [illegible] *l. vltima, Cod. Famil. erciſcundæ,* quatenus ibi præcipitur judici, vt in partitione bonorum faciat cuſtodiri voluntatem parentis, qui inter filios non ſolemniter teſtatus eſt, dummodo tamen quilibet eorum retineat integram portionem legitimam, quam [illegible] ta leges illi comp[illegible] ſupponitur, poſſe in tali teſtamento meliorari aliquem vel [illegible] 198

in

in bonis, de quibus pater, saluâ filiorum legitimâ liberè potest disponere. Quare vix apparet probabilis opposita sententia, quam cum quibusdam alijs tenet Couar. *in cap. Raynutius*, §. 1. *num.* 3. *per text. in eadem l. vltima*, ibi: *Qui pares esse videntur.* Nam sensus illius non est quòd debent liberi esse æquales in portionibus, quas parens illis relinquit; sed quòd debet testamentum fieri inter eos, qui habent æquale jus ad succedendum parenti, vtique ab intestato, vel in suis portionibus legitimis, vt innuit Glossa ibi, *verbo, Pares*, satisque ex ipso contextu patet.

199 Ampliabis quintò, vt procedat licèt in ipso testamento inter liberos admisceatur aliqua persona extranea, cui aliquid relinquatur. Semper enim tale testamentum valebit quoad relicta ipsis filijs, seu liberis, vt constat *ex d. l. Hac consultissima*, §. *Ex impergecto*, *Cod. de Testament.* Vtrum verò etiam quoad relicta personæ extraneæ tale testamentum valeat, non obstante solemnitatis defectu? Respondetur non valere, si sint relicta titulo institutionis: secus autem si sint relicta titulo legati, aut fideicommissi. Prior pars ab omnibus admittitur, eamque ad minimum probat textus *in dict. l. vltima, Cod. Famil. erciscundæ, & in dict. §. Ex imperfecto.* Vbi generaliter habetur, voluntatem defuncti, quantum ad personam extraneam in dicto testamento admixtam pro nulla haberi, & illi personæ relicta liberis accrescere.

200 Alia pars est controuersa, eamque non improbabiliter negant multi apud Couar. & Ægyd. *infra citandos*, qui mouentur generalitate *dict. l. vltimæ, & dict. §. Ex imperfecto.* Ea nihilominus nobis videtur sustinenda, prout eam sustinent Couar. *in cap. Relatum*, 1. *numer.* 2. *de Testament.* referens pro illa Anton. Alex. Ruin. & alios Ægyd. *in dict. l.* 1. *Cod. de Sacrosf. Eccles.* 2. *p.* §. 3. *numer.* 15. Negreyros *dict. cap.* 4. *numer.* 20. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, numer.* 58. Molin. *dict. disput.* 128. *numer.* 2. Auguft. Barbos. *lib.* 3. *Iuris Eccles. numer.* 96. *fine*, & alij, qui potissimùm fundantur in jure nouo Auth. *de Testament. imperfect. cap.* 1. *vers. Si tamen, & Auth. Quod sine, Cod. de Testament.* Vbi expressè decernitur, quòd sint firma legata, fideicommissa, & libertates, quæ in testamento non solemni inter liberos relinquuntur vxori, aut extraneis personis.

Cæterùm ad valorem talis testamenti quoad hæc legata, & fideicommissa aliquid amplius requiritur, quàm ad valorem quoad dispositionem inter liberos. Nam hæc vt valeat, non oportet quòd sit facta coram testibus, vt satis ex supradictis constat: vt autem prædicta legata, & fideicommissa sint valida expressé postulatur *in dict. vers. Si tamen* quòd sint scripta propriâ manu, dictaque à testatoribus coram testibus. Vnde notant bene Anton. Gom. & Molina, *supra*, non valere ejusmodi legata, & fideicommissa, si relinquantur in testamento non solemni inter liberos merè Nuncupatiuo, idest, voce tenus confecto. Quod etiam tradit cum alijs Tiraquel. *tract. de Pia causa, priuileg.* 80. *vers. Sed Iason, post med.* quia circa hoc nihil innouatum est in dict. jure nouo Authenticorum, sed stat & seruari debet jus antiquius *dict. leg. vltimæ, Cod. Famil. ercifcund. & dict. §. Ex imperfecto*, vbi generaliter annullatur testamentum non solemne inter liberos quoad relicta personis extraneis, quidquid Couar. & Ægyd. *proximè citati* has leges interpretentur vt solùm annullent relicta titulo institutionis. 201

Si autem quæras coram quot testibus debeant declarari dicta legata, & fideicommissa extraneis relicta, juxta text. *in dict. vers. Si tamen* indefinitè postulantem, vt coram testibus declarentur? Respondeo sufficere duos, quia vbi non præscribitur certus numerus testium, sufficiunt duo *l. Vbi numerus, ff. de Testib.* & præterea quia alioqui dicẽdum foret requiri numerum 220

testium, qui in ordinarijs testamentis, vel codicillis postulatur: hoc autem non est admittendum, quia tot testes per se sufficerent ad valorem dispositionis, etiamsi non scriberentur manu testatoris. Unde frustra in eo textu vltra declarationem coram testibus, postularetur scriptura manu testatoris confecta; quod dici non potest.

203 Ampliatur sextò, vt valeat dictum testamentum non solemne inter liberos, quamuis priùs conditum esset aliud testamentum solemne ab eodem testatore; quod eo ipso manebit reuocatum. Hanc ampliationem latè impugnat Ægyd. *in d §.3. à num.6.* At reuerà animo magis sectandi noua, & difficilia vt ipse ibidem profitetur, *numer.* 5. quàm ratione, & firmis fundamentis: quare illius sententiâ abjectâ, nostra resolutio tenenda est, vtpote communis, & solidis fundamentis stabilita. Eam tenet Glossa communiter recepta *in Auth. de Testamentis imperfectis, §. & quidem, verbo, Perfecta,* Paulus Castrens. in Auth. *Hoc inter liberos, numer.* 6. *Cod. de Testament.* Jul. Clarus *lib.* 3 *Sententiar. §. Testamentum, quæst.*98. *numer.* 2. vbi alios refert. Mantica *de Conject. vlt. vol.lib.6. tit.*2. *num.*17. Donel, *lib.6. de Iure Ciuili, cap.* 16. Mol. *disp.*157.*num.*19. Nouarius *de Priuileg. miserab. person. priuiuileg.* 21. *num.*4. & cæteri communiter. Ex quibus plerique hanc resolutionem intelligunt, non solùm quando in primo testamento institutus fuit aliquis extraneus, sed etiam quando soli liberi, & quod amplius est, licèt in primo condito inter extraneos apposita fuisset clausula derogatoria cujuscumque sequentis testamenti, & in secundo inter liberos condito nulla mentio talis clausulæ facta sit. Ita enim sentiunt Doctores citati, & præter illos Couar. *in Rubr. de Testamentis,p.*2 *post numer.* 19. *vers. Sextò deducitur,* & Nigrerius *d.cap.*4 *num.* 10. qui plures referunt, atque ex professo à nobis traditur *disp.6. sect.*2.*§.*2 *num.*31. Citari etiam pro eadem principali resolutione possunt Bartholus *in l. Hæredes palam, §. Siquid, post num.* 3. *ff. de Testam.* Paulus Castr. *cons.* 327.*p.*1. Butrius *cap. In præsentia. colum.* 14.*vers. Ex his potest decidi, ff. de Probat.* Imola *cons.* 105.*num.*7.*col.*4. Petrus Ricciardius *in Rubr. de Ademptione legat.n.*21. Couar. *in d p.*2.*Rubr. de Testament.* & multi alij, qui generaliter docent, quamuis primum testamentum sit solemnissimum, nihil id obstare, quominus reuocetur per secundum minus solemne, in quo reperiuntur omnia requisita, quæ aliàs de jure sufficiunt, vt sit validum, vt per testamentum non solemne ad pias causas, vel militare.

Ratione verò probatur, quia priuilegium, ex quo minor solemnitas sufficit ad valorem testamenti, efficit, vt tantam vim habeat testamentum cum ea solemnitate, ac si factum esset cum integra solemnitate ordinaria; in hoc enim tale priuilegium consistit: sed testamentum posterius factum cum solemnitate ordinaria habet vim rumpendi prius testamentum solemne *l.*2.*ff. de Injusto rupto, &c.* ergo eandem vim habet testamentum factum cum minore solemnitate, quæ ex priuilegio ad illius valorem sufficit. Confirmatur primò ex eadem *l.*2 *ff. de Injusto,* vbi primum testamentum solemne rumpitur per secundum non solemne factum jure militari, non alia de causa, nisi quia eo ipso quod ex priuilegio habet, vt sit validum absque solemnitate, habet etiam vim, vt sine illa rumpat primum testamentum, quantumuis solemne. Secundò, quia *l.* 1.*ff. eodem,* dicitur prius testamentum rumpi per posterius, ex quo hæres existere poterit: certum est autem, quod per testamentum non solemne inter liberos, & per quodlibet aliud, quod ex priuilegio habet, vt sit validum, potest hæres existere. Tertiò denique facit *l. Cum ex oratione, ff. de Excusat. tutor.* vbi tantum operatur dignitas adepta per priuilegium, quantum adepta jure communi. 204

Dices, priuilegium non debere extendi vltra casus expressos, *l. Quod verò contra, ff. de Legib. regul. Quæ a jure, de Regulis jur. in* 6. in priuilegio autem testa- 205

testamenti inter liberos non exprimi, quod factum absque ordinaria solemnitate praeualeat contra prius testamentum solemne, ac proinde non debere ad eum casum extendi, maximè cùm id cedat in praejudicium vocatorum in priori testamento, quibus jus quaesitum est, quòd Princeps priuilegium concedens non praesumatur auferre uoluisse *l. 2. §. Merito, & §. Siquis à Principe, ff. Nequid in locis publ.*

206 Hoc potissimùm fundamento nititur Ægyd. ad contrariam sententiam tuendam. Miror autem ingeniosum Doctorem non vidisse quàm debile, & inane illud sit. Respondeo enim, licèt in priuilegio testamenti non solemnis inter liberos non exprimatur, quòd habeat vim reuocandi prius testamentum solemne, attamen hoc ipso, quòd ex priuilegio habet quòd sit validum, non obstante defectu solemnitatis, consequenter ac necessariò etiam habere, quòd reuocet priùs testamentum, quantumuis solemne, cùm secluso priuilegio militari, de quo *in l. Quaerebatur, ff. de Milit. testam.* nemo possit decedere cum duobus testamentis validis, sed si secundum est validum, necessariò debeat corruere primum. Vnde in illo priuilegio, si non expressè, virtute saltem continetur, vt dictum testamentum inter liberos vim habeat reuocandi praecedens testamentum solemne: neque hoc rectè dicitur priuilegij extensio, sed magis necessaria consequentia.

207 Deinde quod in eodem argumento additur, non debere dictum priuilegium sic extendi, eo quod cedat in praejudicium vocatorum in primo testamento jus quaesitum habentium, falsum planè supponit: neque enim tales vocati jus aliquod habent, ne testator per secundum testamentum, vel alio modo legitimo rumpat primum, in quo illi vocati sunt. Imò etiam stante primo testamento, nullum jus ex illo habent, antequam testator moriatur; siquidem testamentum nullam habet vim, nisi postquam morte testatoris confirmetur. Quare perperam arguitur non debere intelligi concessum à Principe dictum priuilegium testamento inter liberos in praejudicium illorum vocatorum, quasi jam illis foret quaesitum jus. Quod si argumentum valeret, probaret similiter non reuocari primum testamentum non solemne casu, quo esset validum, per secundum inter liberos similiter non solemne, cùm id pari modo cedat in praejudicium vocatorum in primo testamento; consequens autem etiam ab ipso Ægydio negatur, *numer.* 13. Tandem perperam etiam in argumento applicatur, Principem non praesumi concedere priuilegium in praejudicium tertij. Quia hoc pronuntiatum solùm habet locum, quando priuilegium conceditur, postquam tertio jus quaesitum est, non autem quando conceditur re integra, antequam jus sit quaesitum tertio, & solum impedit ne illi quaeratur: priuilegium autem, de quo hic loquimur, cùm sit concessum à jure, & generaliter pro omnibus testamentis inter liberos, praecedit quaelibet testamenta, quae post illius concessionem condita sunt, & sic non tollit jus aliquod jam quaesitum vocatis in primo testamento, sed impedit ne quaeratur, seu ne tale testamentum sit irreuocabile per secundum inter liberos non solemne. Alia fundamenta, quibus Ægydius suam sententiam confirmat, ejusdem sunt furfuris; & ideo non oportet in eis referendis, & confutandis immorari.

Limitatur verò primò dicta regula, 209 seu priuilegium testamenti inter liberos, vt non procedat in testamento imperfecto ex defectu voluntatis, vt quando parens inchoauit scribere aut nuncupare dispositionem inter liberos, & antequam illam absolueret, è vita decessit: tale enim testamentum non valet, vt tradit Valasc. *consult.* 74. *num.* 14. & Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, numer.* 18. *cum Gloss. in l. Siquis cum testamentum, ff. de Testament. & in l. vltima, Cod. Famil. ercisc.* Barth. Bald. Jason, & communi Doctorum. Quanuis oppositum multi etiam defendant, teste Valasco *d. n.* 14. Aduertit autem Anton Gom. *loco citat.*

 quan-

quando dicitur, non valere dictum teſtamentum imperfectum, intelligendum id eſſe, ſi conſtet teſtatorem voluiſſe vlteriùs procedere: alioqui in dubio cenſeri teſtamentum continere integram voluntatem defuncti, & ſic eſſe perfectum, & validum, per text. expreſſum *in d. l. Siquis cum teſtamentum* vbi Gloſſa ordinaria, Barthol. & communis Doctorum.

Limitatur ſecundò vt non procedat
209 etiam in teſtamento, in quo aliquis filius eſt præteritus, quod ſimiliter non valebit. Anton. Gom. *ſupra, num.* 57. cum Gloſſ. ordinaria *in l. Si filius, qui in poteſtate, ff. de Liber. & poſthum.* Barthol. *& communi*; quod etiam tradit Jul. Clar. *in d. §. Teſtamentum, q.* 8. *num.* 6. Mol. *diſp.* 128. *num.* 6. & Negreyros *d. cap.* 4. *num.* 24. Probatur, quia tale teſtamentum peccat etiam contra ipſum jus naturale, vel gentium, quod dictat debere filios ſuccedere parentibus; & ideo non debuit priuilegiari contra vulgares juris regulas, quæ talia teſtamenta annullant, etiamſi aliàs ſint ſolemnia & perfecta.

Limitatur tertiò, vt locum etiam non
210 habeat in teſtamento inter liberos ſolis nuribus facto: illud enim non valere docent meritò Mol. *dict. num.* 6. Negreyros *d. cap.* 4. *num.* 25. vbi dicit hanc eſſe communem ſententiam, & mihi ſufficienter probatur *ex d. Auth. Quod ſine,* ibi: *non ſignis, Cod. de Teſtam.*

Illud tandem aduerto cum Mol. *d. diſ-*
211 *put.* 128. *num.* 7. in hoc Regno Luſitaniæ nihil ſpecialiter conſtitutum eſſe circa teſtamenta inter liberos: & ideo quoad illa ſtandum eſſe diſpoſitioni juris communis, quæ hactenus à nobis declarata eſt. In caſibus enim, qui non reperiuntur deciſi per leges, aut præſcriptam conſuetudinem hujus Regni, præcipitur *lib.* 3. *Ordin. tit.* 64. vt judicetur ſecundum jus commune, vel vbi hoc etiam defecerit, ſecundum Gloſſam Accurtij, aut Bartholi ſententiam, quæ non fuerit communiter reprobata.

(:)

§. 6. De teſtamento peregrini.

SVMMARIVM.

Peregrini hoc loco tantummodo intelliguuntur, qui deuotionis cauſâ longe à patria peregrinantur. Ac de illis quæritur, an teſtari poſsint abſque juris ſolemnitatibus? n. 212.

Prima ſententia negat; num. 213. *Secunda, & communis affirmat; n.* 214.

An teſtamentum non ſolemne dictorum peregrinorum valeat, etiamſi illi in patriam redeant; num. 215.

Non ſumitur hoc loco peregrinus pro omni eo qui in alieno Regno 212
vagatur, vel ad tempus commoratur: ſi enim in tota hac latitudine accipiatur, jam *ſuperiore ſect. §.* 1. diximus debere in ſuo teſtamento ſeruare ſolemnitates illius Regni, aut Prouinciæ, in qua teſtatur: ſed ſumitur pro eo, qui deuotionis cauſâ longinquam peregrinationem ſuſcepit, & antequam in patriam redeat, teſtamentum apud exteros condit. De hoc igitur quæritur, an poſsit liberè teſtari abſque juris ſolemnitatibus? Rationem dubitandi præbuit Auth. *Omnes peregrini, C. Communia de Succeſsionibus,* vbi ſic habetur. *Omnes peregrini, & aduenæ, ſi teſtari voluerint, de rebus ſuis liberam ordinandi habeant facultatem.*

Duplex itaque in propoſita quæſtione 213
eſt ſententia. Prima negat conceſſum eſſe peregrinis, vt abſque ordinarijs juris ſolemnitatibus teſtari poſsint. Hanc tenet Gloſſa *in d. Auth. Omnes peregrini, verbo, Liberam,* quam nonnulli ſequuntur. Quod ſi opponas, ex hac ſententia ſequi, nullius momenti eſſe conceſsionem illius Auth. Reſpondet Gloſſa, negando ſequelam: nam conſuetudine, inquit, obtentum erat, vt peregrini teſtari non poſſent, quemadmodum in eodem textu ſubjicitur: & contra talem conſuetudinē Imperator illis indulſit, vt poſſent teſtari; ſicque non fuit conceſsio inutilis.

Contraria nihilominus ſententia eſt 214
communis, pro qua plures Doctores refert

fectMenchaca *lib.3.de Successionum creatione §.24. num.4.* qui tamen fatetur, sibi primam sententiam tenendam fore, nisi in hanc secundam Doctorum auctoritate pertraheretur. Eandem communem sententiam tenet relatis alijs Negreyros, *lib.3.Introduct.vlt.vol.cap.7.numer.2.* Tenet etiam licèt ex debili fundamento quoad peregrinantes ad loca sancta inter infideles Ægyd. *in l.1.Cod.de Sacros. Eccles.p.2.§.1.num.26.* Fundamentum legitimum est, quod sumitur *ex dict. Auth. Omnes peregrini*: nam cùm Imperator ibi concedat dictis peregrinis liberam testandi facultatem, intelligi debet illis remisisse omnem iuris solemnitatem: neque enim alius effectus tali concessioni commodè assignari potest. Nam quod Glossa supra citata dicit, concessisse illis facultatem testandi, quæ antea ex consuetudine illis denegabatur, nullum habet fundamentum: ex nullo enim textu colligitur non potuisse dictos peregrinos testari, neque *in d. Auth.* talis consuetudinis fit mentio, sed solùm reprobat Imperator consuetudinem, si qua esset, quòd hospites, apud quos peregrini decederet, aliqua eorum bona sibi retinerent. Vnde facit pro hac sententia quod tradit Iul. Clar. *§.Testamentum, q. 34. num. 3.* vbi ait, si Princeps concedat alicui facultatem testandi, videndum esse, an ille esset alioqui habilis ad testandum, vel inhabilis; & in primo casu videri illis remissam omnem solemnitatem juris Ciuilis, non ita verò in secundo.

215 Limitat autem hanc secundam sententiam Paul.Castr. *in l. Nutritoribus, Cod. Communia, de Successionibus, num.4.* vt intelligatur, quòd valeat testamentum non solemne peregrini, si ille in peregrinatione moriatur; secus autem si in patriam redeat. Alij tamen hanc limitationem reprobant, vt videre est apud Negreyros *supra, n.4.* Cæterùm mihi magis probatur Castrensis placitum per text. *in d. Auth. Omnes peregrini*, vbi solùm videtur esse sermo de peregrinis, qui apud extetos decedunt.

§. 7. *De testamento cæci.*

SUMMARIUM.

Quæ solemnitas pro testamento cæci jure Ciuili præscripta sit? numer.216.

An integra requiratur solemnitas pro codicillo cæci, quæ pro ejus testamento? num.217.

Quæ solemnitas sit necessaria, quando cæcus inter liberos, vel ad pias causas testatur? num 218.

Vtrum in omni testamento cæci oporteat præmitti institutionem hæredis ante omnem aliam dispositionem? num.219.

Quæ solemnitas sit necessaria in Lusitania pro testamento cæci? num.220.

Cum testamentum cæci vtroque lumine orbati magis pateret fraudibus, quàm cætera; vt illis occurreret Justinianus Imperator strictiorem pro co scripsit solemnitatem *in l.Hac consultissima, Cod. Qui testam facere possunt*; quæ in summam redacta sic habet. Debent testari Nuncupatiuè, præsentibus septem testibus, & tabellione ad id vocatis; si autem tabellio adhiberi non possit, ejus loco adhibeatur octauus testis coram quibus omnibus ibidem collectis dicet, se velle condere testamentum, statimque proferet distinctè hæredum, & legatariorum nomina; & quid, quantumue cuiq; eorum relinquat: si verò inter eos sint aliqui, qui vocentur eodem nomine, exprimet indicia, ex quibus omnis ambiguitas tollatur, atque hæc omnia in præsentia testium scribentur: si tamen antea de testatoris voluntate scripta sint, sufficiet coram illis legi à tabellione, vel alio qui scripturam confecit; & tandem tam testes, quàm tabellio scripturam testamenti subscribent, & sigillis munient. 216

Additur in eadem lege, vt hæc eodem modo obseruentur in codicillis, quos cæcus confecerit. Vnde controuerti solet, an integra solemnitas, quæ pro testamento cæci præscribitur, postuletur etiam pro 217

ejus codicillis? Glossa *in d. l. Hac consultissima, verbo, Codicillis. in secundo intellectu*, tenet non postulari tot testes, sed sufficere quinque quemadmodum de jure ordinario, & solùm quoad reliqua seruari debere modum *in d. l.* præscriptum. Cęterùm eadem Glossa in primo intellectu tradit, postulari octo testes, quemadmodum in testamento. Et hanc sententiam sequuntur Baldus, Speculator, & multi alij, quos refert Negreyros *lib.3.introduct. vlt.vol. cap.*8. *numer.*10. Tenet etiam Anton.Gom. *in l.3. Tauri, num.*51. dicens esse communem, & Molina *disp.*131.*num.*7.

218 Utrum verò sit etiam necessaria dicta solemnitas, quando cæcus inter liberos testatur? Respondetur non esse necessariam, sed sufficere, quòd seruentur quæ in aliorum testamentis inter liberos necessaria sunt. Ita communis sententia, quam relatis alijs tradit Additio *ad Glos. finalem in d. l. Hac consultissima*, Jul. Clarus, §. *Testamentum,q.* 17. *numer.* 2. Mol. *disp.*130.*num.*2. Negreyros *d. cap.* 8.*num.* 9. Ægyd.*in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.*1.*p.* §. 3. *fine*. Similiter non esse necessariam dictam solemnitatem in testamento cæci ad pias causas, docet Alex. *in d.l.Hac consultissima, num.* 15. *& in l.Iubemus. Cod.de Testam num.* 3. prout illum refert, & sequi videtur Mantica *lib.6.de Coniect.vlt.vol.tit.*3. *numer.* 17. Idem tenet Ægyd. *in l.*1.*Cod. de Sacros. Eccles.*1.*p.*§.3.*num.*9. cum Tiraquel. *de Pia causa priuileg.* 10. qui alios ibidem refert; quanuis oppositum videatur probasse *priuileg* 8. *ad finem*, & sit communis sententia ut ex Menchaca refert Ægyd. *supra*.

219 Quæri etiam solet, vtrum in testamento cæci oporteat præmitti institutionem hæredis aute omnem aliam dispositionem? Negant Baldus, Alex. & Jason *in d.l.Hac consultissima*, & alij, quos refert Negreyros *infra*. Mouentur potissimùm, quia licèt in *d. l. Hac consultissima*, priùs in ordine tradatur, quomodo debeant institui hæredes, & deinde quomodo relinqui debeant legata, & fideicommissa, tamen non videtur hic ordo præscribi tanquam necessarius, sed tantùm indicatur vsitatus modus, quo illis temporibus ordinabantur testamenta. Solebat enim institutio hæredis ante omnia præmitti, idque adeò rigidè olim seruabatur, vt siquid illam præcederet, irritum haberetur, sed hic rigor sublatus est per jus posterius, §. *Ante hæredis institutionem, Inst.de legatis*, & ideo neque in testamento cæci videtur hodie requiri, vt institutio hæredis præcedat. Contrariam nihilominus sententiam tenet Bartholus *in d.l.Hac consultissima, Cod. Qui testam. fac. possunt*. Angel. *in d.* §. *Ante hæredis institutionem* Ant. Gom. *in l.* 3. *Tauri,num.* 51. *vers. Decima*, & alij quos citat Negreyros *d.cap.*8. *num.*1. *vers.Octauo*. Fundantur quia *in d.l.Hac consultissima*, postulatur specialiter in testamento cæci, vt institutio præcedat legata: quæ autem jure speciali requiruntur, non intelliguntur sublata per legem generalem etiam posteriorem. Mihi certè magis arridet prima sententia; at secunda propter auctoritatem Bartholi, quæ grauissima est, in praxi erit consulenda, præsertim cum sit tutior, & conformior dispositioni *d.l. Hac consultissima*.

In hoc Regno Lusitaniæ dicit Molin. 220
*d.disp.*130.*num.*3. se audire consuetudine receptum esse, vt cæci testentur cum eisdem solemnitatibus, cum quibus cæteri nuncupatiuè testari possunt, juxta Ordin. Regiam. Mihi de tali consuetudine non constat: vnde nisi quis de illa certus sit, seruare omnino debet prædictas solemnitates, quæ jure communi *in d. l. Hac consultissima* præscribuntur; cùm juxta ipsam Ordinat. Lusitan. *lib.* 3. *tit.*64. quando circa aliquem casum nihil per specialem legem, aut consuetudinem Regni dispositum reperitur, ad jus commune recurrendum sit.

(!)

SEC-

SECTIO VIII.

De solemnitate necessariò adhibenda in testamentis, quæ specialitatem habent ratione loci, aut temporis, quo fiunt.

CVm sæpe propter peculiares loci, aut temporis circunstantias contingat, non posse, aut non debere adhiberi omnia, quæ ad solemniter testandum jure ordinario postulantur, videndum nunc est, quidnam pro talibus circunstantijs sufficiat, vt validum conficiatur testamentum. Quod præstabimus descendendo ad peculiaria loca & tempora, in quibus id solet contingere, & à Doctoribus agitari.

§. 1. *De testamento rure facto.*

SUMMARIUM.

QVæ solemnitates pro rusticanorum testamentis in jure communi specialiter reperiantur constitutæ? num. 221.

Si in loco vbi rusticanus nuncupatiuè per scripturam testetur, non reperiantur septem testes idonei, sufficiunt quinq; Et quæ eorum subscriptio requiratur? num. 222. *Quid si testetur merè nuncupatiuè absque scriptura?* ibid.

Priuilegium, quod rusticanis conceditur, vt possint testari nuncupatiuè cum quinque testibus vbi septem non inueniuntur, locum etiam habet, si faciant testamentum Clausum, & quomodo id sit intelligendum? num. 223.

Dictum priuilegium rusticanorum intelligitur pro loco, vbi simpliciter non inueniuntur septem testes; nec satis est quòd non possint facilè adhiberi: sufficere autem quinque, vbi sex tantùm reperientur; núm. 224.

In dubio præsumendum est, non potuisse inueniri dictos septem testes, num 225.

Quid si tempore, quo rusticanus testabatur, non fuerint inuenti septem testes ex habitatoribus loci, aderant tamen forenses ex quibus ille numerus expleri poterat? num 226.

Etiam pro casu, quo in testamento rusticani sufficiunt quinque testes, opus est vt tales testes habeant qualitates jure ordinario requisitas, vt quod sint masculi, liberi, &c. num. 227.

Vtrum prædictum priuilegium testandi cum quinque testibus, quando septem inueniri non possunt, concedatur quibuscumque personis testantibus in rure, seu loco non frequenti? Prima sententia absolutè affirmat, numer. 228. *Secunda tenet dictum priuilegium concedi solis rusticanis, qui saltem maiori anni parte rure degunt, & ibi testantur;* num. 229.

Quinam rusticanorum nomine in hac sententia intelligantur? num. 230. & seq.

Quantum à ciuitate, vel oppido distare debeat locus, ad hoc vt ejus habitator censeatur rusticanus ad effectum, vt dicto priuilegio gaudere possit? numer. 232.

Vt rusticanus dicto priuilegio gaudere possit non refert, quòd testetur in proprio vel in alieno territorio; ibid.

Vtrum testamentum rusticani factum juxta formam dicti priuilegij suam vim retineat, licèt testator postea ciuitatem habitet, & aliud testamentum in ea facere potuerit? numer. 233. & sequent.

Testamentum minus solemne factum tempore pestis, non irritatur, licèt testator ex eo contagio conualuerit; dict. num. 233. fine.

Vtrum in prædicto rusticanorum priuilegio præter solemnitatem testium, remittantur etiã aliæ solemnitates legibus Ciuilibus inductæ? num. 235.

Quid in hoc Regno Lusitaniæ circa testamenta rusticanorum hodie tenendum sit? num. 236.

CIrca rusticanorum testamenta cõstituit Iustinianus *in l. Et ab antiquis, quæ est vltima, Cod. de Testament.* 221

ment. Vt si fierent in locis, in quibus rarò inueniuntur homines literati, idest, scientes scribere, seruaretur antiqua rusticanorum consuetudo, sic tamen vt vbi, inuenirentur septem literati, ij vocarentur, & in testes adhiberentur,atque vnusquisque pro sua persona testamentum subscriberet: vbi autem literati non reperirentur, etiam tunc septem testes ad ferendum testimonium adhiberentur; si autem tot testes inuenti non fuerint, quinque saltem adhibeantur. Quòd si vnus, vel duo, aut plures literati sint, ijs pro ignorantibus, qui tamen præsentes sint, suam subscriptionem interponere liceat; sic tamen, vt ipsi testes cognoscant voluntatem testatoris, maximè verò, quem, aut quos sibi hæredes relinquere velit, & de hoc post mortem testatoris eum juramento deponant.

Ex qua lege illud citra dubium constat,
222 in loco, vbi non reperiuntur septem testes idonei,posse rusticanum validè testari nuncupatiuè per scripturam cum solis quinque testibus idoneis, qui testamentum subscribant, ita vt si vnus saltem sciat & possit scribere, is pro se, & pro alijs scribere nescientibus subscriptionem faciat; vel etiam licèt nullus eorum subscribat, vt quando omnes scribere nesciunt. Vtrum autem possit similiter testari nuncupatiuè absque scriptura, adhibitis tantùm quinque testibus? *in dict. l. vltima* non exprimitur. At quod id etiam per eam legem concedatur, tenet Glossa *ibidem, verbo, Admitti*, & hanc esse communem sententiam tradunt eam sequentes Barthol. Alex. & alij, quos citat, & sequitur Iul. Clar. *lib.* 3. *Sententiar. §. Testamentum, q 56.num.*6. & ita etiam tenere communiter Recentiores, tradit Ægyd. *in l.*1. *Cod. de Sacrosf. Eccles.p.*2.*§.* 2. *num.* 7. qui tamen *numer.* 8. hanc sententiam limitat, vt solùm procedat, quando in loco nullus reperitur testis, qui scribere sciat. Siquidem quando vel vnus literas formare nouit, postulat Imperator in *d.l.vltima*,vt testamentum subscribatur, faciendo potestatem tali *testi*, *vt* etiam pro alijs literas nescientibus subscribat: & loquitur ibi de testamento Nuncupatiuo, cùm statim exigat vt ipsi testes cognoscant voluntatem testatoris, maximè verò quem hæredem instituat. Hæc tamen limitatio mihi displicet, non solùm quia singularis; sed maximè, quia falsò supponit Imperatorem in casu proposito exigere subscriptionem: solùm enim permittit, non autem præcipit, vt testes scientes scribere loco nescientium subscribant: ibi, *Liceat eis pro ignorantibus literas, subscriptionem suam interponere.*

Præterea, licèt etiam *in d. l. vltima*, 223
non exprimatur, quòd non inuentis ibi septem testibus, possit rusticanus facere testamentum Clausum, seu in scriptis, cum solis quinque testibus; attamen id etiam concedi, tenet cum alijs Iul. Clar. *d. num.*6. & Menchaca *lib.* 3. *de Success. creat.§.*22.*num.*34. Tum quia, vt Clarus monet, valet argumentum de testamento in scriptis ad Nuncupatiuum, & econtra: tum maximè, quia licèt *in d. l. vltima*, requiratur, vt testes cognoscant voluntatem defuncti, quod est proprium testamenti Nuncupatiui, tamen id solùm postulatur, quando non omnes quinque testes, sed aliquis vel aliqui tantùm scribere sciunt. Vnde si omnes sciant scribere, ita vt singuli propria manu subscribere possint, non tollitur quominus possit condi testamentum Clausum cum sola subscriptione. Si autem non omnes per se ipsos possint subscribere, tunc credo non posse ex vi *dict. l. vltima*, fieri testamentum Clausum, sed solùm Nuncupatiuum.

Illud etiam circa idem priuilegium 224
notandum, cùm dicitur sufficere quinque testes vbi septem non inueniuntur, sic intelligendum esse, vt non sufficiat esse locum adeò infrequentem vt non possint facilè in eo inueniri septem testes, sed oporteat vt simpliciter non inueniantur, ut bene aduertit Ægyd. *d. §.* 2.*numer.*3. Addit autem jure optimo Menchaca *d.§.*22. *num.* 30. quando non possent reperiri septem testes, bene autem sex,satis esse adhiberi quinq;juxta *d.l.vlt.* vbi

vbi id expressè indulgetur, quoties septem non inueniuntur: & ita communiter receptum esse affirmat idem Auctor referens in hanc sententiam Paul. Alex. Ias. & alios.

225 In dubio autem, an inueniri potuerint septem testes? Præsumetur non potuisse inueniri, si hæres scriptus id alleget, & Aduersario incumbet probare contrarium. Sic Barthol. in l. Conficiuntur, §. Codicilli, num. 4. ff. de Iure codicil. Menchac. d. § 22. num. 31. Ægyd. d. § 2. num. 3. & alij. In dubio enim stat præsumptio pro valore actus: & in præsenti iuuatur maximè dicta præsumptio ex eo quod testamentum sit factum rure, vbi regulariter tot testes non reperiuntur. Aliqui tamen videntur requirere aliquod aliud adminiculum, quo ea præsumptio roboretur, vt indicat Iason in l. finali, §. Licentia, Cod. de Iure deliber. & ex eo Nigrer. lib. 3. Introd. vltim. volunt. cap. 9. numer. 4. Vnde monet bene Barthol. supra, tutius esse, vt quando testamentum per notarium conficitur, fidem faciat notarius, quod facta inquisitione non potuerint plures testes inueniri. Ex quibus patet resolutionem supra traditam non esse satis firmam. & quidem Valasc. conf. 117. numer. 2. ab ea simpliciter recedit, dicens non sufficicere quod hæres asserat non potuisse plures testes reperiri, sed teneri id probare legitimis modis; alioqui esse condemnandum, iuxta l. Cum de lege, ff. de Probat.

226 Notat præterea Ægyd. supra, num. 4. non satis esse quod non inueniantur septem testes ex habitatoribus loci, si fortè tempore testamenti aderant forenses, ex quibus septenarius numerus suppleri poterat cum in d. l. vltima, absolutè postuletur, vt adhibeantur septem testes, si tot in eo loco inueniantur, nihil distinguendo inter incolas, vel aduenas.

227 Notandum quoque diligenter, quamuis in dicto priuilegio remittatur numerus ordinarius testium, quando non possunt inueniri septem; tamen non remitti qualitates, quæ iure ordinario in testibus testamentarijs requiruntur, vt quod sint masculi, puberes, liberi, vel pro liberis habiti, rogati, &c. Ita cum Ias. Alex. & alijs Menchac. supra, num. 34. vers. Limita Ægyd. dict. § 2. num. 6. & Nigrer. d. cap. 9. num. 6.

His circa dictum priuilegium ex communi fere sententia adnotatis, nonnulla apud Doctores controuersa breuiter sunt expedienda. Primo igitur dubitatur, vtrum dictum priuilegium concedatur quibuscumque personis in rure, seu loco non frequenti testantibus, vel solùm rusticanis qui rure permanentem habitationem habent? Qua in re prima sententia est, dictum priuilegium competere cuilibet personæ, quæ rure, aut in villa ægrotat, & ea occasione ibi conficit testamentum, licèt pro maiori anni parte vrbem incolat. Hanc tenent Cynus, Baldus, & alij in d. l. vltima, prout eos refert Menchac. d. §. 22. num. 33. & videtur probari ex mente d. l. vltimæ, in qua dictum priuilegium conceditur rusticanis propter penuriam testium, qui ibi rarò inueniuntur: vnde cùm hæc penuria sit communis omnibus qui rure ægrotant, & ibi testari compelluntur, ad hos omnes extendi debet priuilegium, cùm non tam videatur concessum personis, quàm loco. 228

Secunda sententia tenet, hoc priuilegium concedi solis rusticanis, qui rure pro maiori saltem anni parte degunt, & ibidem testantur. Hæc est communis, pro qua plurimos refert Menchac. dict. num. 33. inter quos est Barth. in d. l. Conficiuntur, §. Codicilli, num. 1. ff. de Iure codicil. eam sequitur idem Menchaca, & Iulius Clar. d. q. 56. num. 6. Pichard. §. Sed cum paulatim, num. 24. Inst. de Testament. Nigrer. dict. cap. 9. numer. 10. Ægyd. d. §. 2. sub numer. 1. Valasc. conf. 117. num. 2. & alij, quos referunt. Probatur facilè, quia in d. l. vltima, solùm intendit Imperator fauere rusticanis testantibus extra ciuitates & oppida, vt manifestè apparet ex text. ibi: *In istis verò locis, in quibus rarò inueniuntur homines literati, per præsentem legem rusticanis concedimus, &c.* Vnde hoc priuilegium conceditur personæ & loco copulatiuè, scili- 229

scilicet rusticanis in rure testantibus. Quare si rusticanus testetur in ciuitate, aut ciuis in loco rustico, hoc priuilegio non gaudent.

230 Adhuc tamen inter hujus sententiæ Auctores controuertitur, quinam *Rusticanorum* nomine in hoc priuilegio intelligantur? Quidam sentiunt intelligi tantum homines rusticos, idest, qui rure, aut rem rusticam per se exercent. Ita Jul. Clar. & Nigrer. *supra*, & videtur probari efficaciter *ex d. l. vltim.* in qua expresse profitetur Imperator, se velle fauere rusticitati, & imperitiæ hominum rura incolentium: soli autem rustici, qui rei rusticæ exercendæ incumbunt, rudes & imperiti esse solent; & ideo ad hos tantùm videtur restrictum priuilegium.

231 Alij autem, quibus adhæreo, tenent nomine rusticanorum comprehendi in dicto priuilegio quoslibet homines, etiam nobiles & delicatos, qui rure pro maiori saltem anni parte viuunt, & in villis, seu prędijs rusticis, & ibi testamenta conficiunt. Ita expressè Barth. *in d. l. Conficiuntur, §. Codicilli, num. 3. ff. de Iure codicil.* Tiraquel. *de Nobilitat. cap. 2. numer. 54.* Menchaca dicens esse veram, & communem opinionem, & plures pro ea referens *d. §. 22. num. 32.* Ægyd. dicens esse communem *in d. §. 2. num. 12.* Fundamentum est, quia dictum priuilegium conceditur simpliciter & absolutè hominibus rusticanis, qui loco infrequenti testantur, vt patet ex *d. l. vltim.* ibi: *Per hanc legem rusticanis concedimus*; rusticanus autem est quicumque rus habitat, quantumuis sit nobilis: cùm enim oppida non incolat, non vrbanus, aut oppidanus, sed rusticanus à rure quod habitat censendus est. Neque obstat quòd Imperator in dicto priuilegio respexerit ad imperitiam rusticanorum, quæ non consideratur in nobilibus, qui rure viuunt: nam quando priuilegium conceditur alicui multitudini, omnes de tali multitudine isto gaudent, quamuis in aliquibus deficiat ratio motiua generalis, quæ Principem mouit ad illud concedendum, vt in ipsis rusticis patet: nam si fortè aliquis litteras didicerit, & peritus sit, non propterea a dicto priuilegio censebitur exclusus: licèt ergo in rusticanis nobilibus sæpe non reperiatur illa rusticorum imperitia, quæ Imperatorem mouit ad priuilegium concedendum, id non tollit quominus eo gaudere debeant.

Si autem quæras, quantum à ciuitatibus 232
& oppidis distare debeat locus ad hoc vt ejus habitatores ad prædictum effectum rusticani censeantur? Respondeo id esse hoc relinquendum judicis arbitrio, juxta doctrinam Gloss. *in cap. Felicis, vers. Præsenti, & verbo, Vicinatum, de Pœnis. in 6.* Barth. *in l. 4. §. Si tam vicinum, ff. de Damno infecto*, & aliorum, qui tradunt judicis arbitrio relinqui quæ loca censeantur vicina. Non displicet autem quod tradit Ægyd. *d. §. 2. sub num. 13. vers. Secundum quam definitionem*, asserens sufficere locum esse ita remotum à ciuitate, vel oppido, vt vox hominis ex illo clamantis in oppido exaudiri non possit: quam resolutionem sumit ex Barth. *in l. Si tertius, ff. de Aqua pluu. arcenda*, quatenus loquens de vicinia personarum, dicit eos censeri vicinos, qui habitant loca tam parum dissita vt vox hominis vociferantis in vno, audiatur in altero. Illud etiam non omittam, quod non incongruè notauit idem Ægyd. *numer. 18. & 19.* vt rusticanus gaudeat dicto priuilegio, nihil referre quòd testetur in suo territorio, vel alieno, dummodo locus vbi testatur sit rusticus, & septem testes in eo non inueniantur; quia in *d. l. vltim.* hæc tantùm postulantur, vt dictum priuilegium locum habeat, & quod testator sit rusticanus, & locus, vbi testatur, ruralis, in quo septem testes non reperiantur.

Dubitatur secundò, an testamentum
rusticani factum rure cum solis quinque 233
testibus, juxta formam prædicti priuilegij, vim suam retineat, licèt testator postea ciuitatem inhabitet, & aliud testamentum in ea facere potuerit? Respondet affirmatiuè Baldus, Jason. & alij, quos citat & sequitur Menchac. *d. § 22. numer. 34. vers. Sextò amplia* & Nigrer.

fine. Probatur, quia quod legitimè factum est, non desinit valere, licèt postea eueniat casus à quo incipere non posset; *regul. Factum legitimè*, 73. *de Reg jur. in* 6. *& regul. In ambiguis pro dotibus*, 85. §. *Non nouum*, *ff. eodem titulo*. Facit Quod in simili cum alijs, imò cum communi, tradunt Beroyus *decis.* 228. *numer.* 12. & Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 12. *tit.* 1. *numer.* 8. non irritari testamentum minùs solemne factum tempore pestis, licèt testator ex eo contagio conualuerit.

His tamen non obstantibus, conten-
234 dit Ægyd. nouarum artifex opinionum *dict.* §. 2. *sub numer.* 9. non debere sustineri dictum testamentum rusticani, qui in ciuem transiuit, nisi talis testator moriatur intra annum à die, quo in ciuitatem se recepit animo permanendi in ea, argumento testamenti militaris, quod similiter vim non habet postquam testator à militia dimissus est, nisi intra annum à die honestæ dimissionis moriatur, *l. Testamentum*, *ff. de Milit. testam. cum similibus*, *Ordination. Lusitan. lib.* 4. *tit.* 83. §. 6. Vnde *numer.* 11. idem cum proportione tenendum esse dicit in testamento facto tempore pestis, à qua testator conualuit. Cæterùm hoc argumentum non valet, cùm in milite id specialiter constitutum sit: quæ autem sunt specialia, ad alios casus contra generales regulas, & communia Doctorum placita trahi non debent.

235 Dubitatur tertiò, vtrum in dicto priuilegio rusticanis concesso, præter solemnitatem testium, seu probatoriam, remittantur etiam aliæ solemnitates respicientes materiam & formam testamenti legibus Ciuilibus inductæ? Respondet affirmatiuè Nigrer. *dict. cap.* 9. *num.* 2. & constat satis probabiliter ex *dict. l. vltim. Cod. de Testament.* vbi Imperator profitetur se velle consulere rusticitati, vel imperitiæ rusticanorum, ex qua tot legum subtilitates in vltimis voluntatibus seruare non possunt; ibi: *Homines rustici, & quibus non est literarum peritia, quomodo possunt, tantam legum subtilitatem custodire in vltimis voluntatibus? ideo necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subuenire.* Quòd autem eis indulserit vt testari possent cum solis quinque testibus, vbi septem non inuenirentur, non est fauor quo imperitiæ consulatur, sed necessitati, seu penuriæ testium, quo etiam peritissimi rure testantes non minùs laborabunt: ergo vltra hunc fauorem, quoad solemnitatem probatoriam, intelligere etiam debemus illis concedere voluisse, vt etiam absque alijs juris Ciuilis solemnitatibus validè testari possent. Quæ concessio satis apertè continetur *in fine dict. l. vltim.* vbi postquam Imperator constituit, quam testium solemnitatem seruare deberent, sic concludit. *Quod igitur quisque rusticorum (sicut prædictum est) pro suis rebus dispofuerit, hoc omnimodò legum solemnitate remissa, firmum validumque consistat.*

In hoc Regno Lusitaniæ vigebat 236
olim simile priuilegium pro ijs qui in locis exiguæ habitationis testabantur. Illis enim indulgebatur in antiquis Ordinationibus *lib.* 4. *titul.* 76. §. *vltim.* vt si locus esset adeò infrequens, in quo facilè reperiri non posset numerus ordinarius testium (scilicet quinque, aut sex, qui in hoc Regno sufficiunt) valeret testamentum, vel codicillus cum solis tribus testibus. Hoc autem priuilegium sublatum est quoad testamenta, & solùm conseruatur quoad codicillos in nouis Ordinationibus *lib.* 4. *titul.* 86. §. *penultim.* atque in multis discrepat à prædicto priuilegio juris communis rusticanis concesso, vt latè ponderat, & declarat Valase. *conf.* 117. *à numer.* 2. & Ægyd. *dict.* §. 2. *à numer.* 2. Vnde si adhuc vigeret quoad testamenta, necessariò hic erat explicandum. At cùm tantùm vigeat quoad codicillos, commodiùs de illo agemus *sect. vltim. hujus disputation.* vbi de codicillis tractandum est. Itaque circa testamenta rure facta, cùm nihil hodie

V

die apud nos reperiatur specialiter dispositum, standum erit prædictæ dispositioni juris communis, ad quod semper recurrendū est, vbi jus Regni deficit, vt sæpius in superioribus notauimus ex ipsa Ordin. *lib.* 3. *tit.* 64. & ita in specie aduertit Nigrer. *d. cap.* 9. *numer.* 5. & Ægyd. *dict.* §. 2. *num.* 2. *vers. Discrepat.*

§. 2. *De testamento facto in mari.*

SVMMARIVM.

R *Ejicitur quædam sententia dicens testamentum factum in mari valere cum solis duobus testibus, si plures haberi non potuerint; numer.* 237.

*Vt valeat. testamentum factum in mari debet fieri cum illis solemnitatibus, quæ præscriptæ sunt lege, aut consuetudine illius Regni, vel Prouinciæ, cui adjacet mare in quo fit testamentum: si autem lex, aut consuetudo talis Prouinciæ ignoratur, sufficit quód fiat cum solemnitate juris gentium, atque adeò cum duobus testibus; numer.*238.

*Cum quibus solemnitatibus fieri debeat testamentum factum in mari intra limites nauigationis Lusitanæ? numer.*239.

*Qui numerus testium juxta Ordination. Lusitanam sufficiat ad codicillum in mari conficiendum? num.*240.

Rusticanus testans in mari gaudet priuilegio testantium in rure, quod §. præcedenti, *explicatum est; ibid.*

237 CVm mare ruri æquiparetur quoad incolarum, & testium penuriam, consequenter de testamento in mari facto hìc agendum est. Non loquimur autem de testamento quod fit in mari à classiarijs qui jure militari testari possunt, de quibus jam diximus *sectione præcedenti*, §. 3. Neque de eo, quod fit tempore naufragij instante morte, quod juxta legem hujus Regni *lib.* 4. *tit.* 80. §. 4. cum minori solemnitate, de qua ibi, fieri potest: sed de testamento in quo nihil aliud speciale est, quàm esse factum in mari. Circa quod inquiri solet, an valeat absque ordinario testium numero? In qua quæstione sunt qui sentiant valere tale testamentum cum solis duobus testibus, si plures haberi non potuerint. Ita docuit Cifuentes *in l.* 3. *Tauri, numer.* 17. Hæc tamen sententia ita absolutè prolata meritò à Doctoribus infra citandis reprobatur, nullo enim jure etiam similitudinario fundatur; siquidem neque testamentum rure factum, quod expressè reperitur priuilegiatum, cum solis duobus testibus sustinetur, vt ex § *præcedenti* constat.

Alij ergo asserunt, vt testamentum in mari factum sit validum, debere fieri 238 cum eo testium numero, cæterisque solemnitatibus, quæ præscriptæ sunt lege, aut consuetudine illius Regni, aut Prouinciæ, cui adjacet mare in quo testamentum fit: si autem lex, aut consuetudo talis Prouinciæ ignoretur, sufficere, quod fiat cum solemnitate juris gentium, atque adeò cum solis duobus testibus. Hanc sententiam tradit Tellius *in l.* 3. *Tauri,* 2. *p. numer.* 5. & Valasc. *cons.* 182. *num.* 15. *&* 16. Fundamentum prioris partis est, quia locus maris pertinet ad districtum Ciuitatis, aut Prouinciæ vicinioris, vt notat Gloss. *in cap. Vbi periculum, §. Porro, verbo, Territorio,* & ibi Doctores, *de Electione, in* 6. & tradit latè Benedict. Ægyd. *in l.* 1. *p.* 2. §. 2. *numer.* 15. *Cod. de Sacros. Eccles.* vbi inter alios refert Barthol. *in l. Vnica, in fine, Cod. de Classicis, lib.* 11. asserentem, sicut judex potest punire delinquentem in suo territorio, ita etiam delinquentē in mari adjacentē Ciuitati, aut Priuinciæ in qua jurisdictionem habet, & Angelum *in l. Insulæ, ff. de Iudic.* vbi Ciuitatis jurisdictionem extendit etiam ad remotas maris partes, quibus propinquior est, quàm quælibet alia. In testamento autem ser-

seruari debent solemnitates illius Regni, vel prouinciæ, in cujus districtu siue territorio conficitur, etiamsi tale Regnum sit extraneum, vt latè probauimus *sect. 6. §. 2. num.* 148. atque ex ibi traditis etiam posterior pars præsentis resolutionis constat, cùm eo loco *num.* 151. probauerimus cum Valasc. Azeued. & alijs, testamentum factum in loco barbaris subjecto, quorum leges vel consuetudines circa testamenta ignorantur, valere cum sola solemnitate juris gentium. Et hæc resolutio quoad vtramque partem mihi placet.

239 Credit autem Valascus *d consult.* 182. *num.* 17. testamentum factum in mari intra limites nostræ nauigationis Lusitanæ fieri debere cum solemnitatibus juris Lusitani, si in naui, qua testator vehitur, sit scriba, qui in qualibet naui poni solet cum facultate faciendi testamenta; si autem talis scriba defuerit, nec numerus ordinarius testium adhiberi potuerit, valere testamentum ibi factum cum solis tribus testibus, quemadmodum si fieret in loco eremo, juxta Ordin. antiquam hujus Regni *lib.* 4. *tit.* 76. *§. vltim.* cùm mare loco deserto æquiparetur, eademque vtrobique sit ratio. Prior hujus traditionis pars mihi valde probatur. Secunda verò hodie sustineri non potest, cùm Ordinatio antiqua sit jam abrogata quoad priuilegium testandi cum solis tribus testibus in loco deserto, vt notauimus *supra, §. præcedenti.*

240 Illud autem satis probabile videtur, quod tradit Ægyd. *d. §.* 2. *numer.* 17. & deducitur ex Valasco *proximè citato*, si in mari non possit facilè reperiri ordinarius numerus testium ad codicillum requisitus, posse codicillum ibi fieri cum solis tribus testibus, juxta nouam Ordinationem hujus Regni *lib.* 4. *tit.* 86. *§. penult.* vbi hoc priuilegium conceditur codicillis factis in loco ita deserto, vt facilè quinque testes, qui aliàs sunt necessarij, in eo reperiri non possint: siquidem mare ejusmodi loco deserto æquiparatur; vel certè sub illo in dicta Ordinatione comprehenditur. Vnde non videtur esse improbabile, quod addit idem Ægyd. *numer.* 18. si rusticus, id est, qui rure habet domicilium, conderet testamentum in mari, seu nauigatione, nec ibi reperiret septem testes, valere tale testamentum cum solis quinque testibus, juxta priuilegium rusticanis concessum *in l. vltim. Cod de Testament.* quod superiore §. explicuimus. Cùm enim mare ruri æquiparetur, & dictum priuilegium concedatur rusticis in rure testantibus, consequẽs est, vt rusticus in mari testans illo priuilegio gaudeat.

§. 3. *De testamento facto tempore pestis.*

SUMMARIUM.

Vtrum tempore pestis validè fiat testamentum absque ordinario testium numero legibus requisito? Prima sententia affirmat pro casu, quo propter periculum contagij integer numerus testium haberi non potuit; num. 241. *Secunda sententia etiam pro illo casu negat; numer.* 243. *Iudicium Auctoris; num.* 244. *fine.*

Quomodo intelligatur, quod in casu necessitatis non oportet integram solemnitatem testamenti ad vnguem obseruari? d. num. 244.

Stando in sententia tradita numer. 241. *qui testium numerus sufficiat in testamento facto tempore pestis? Refertur, & rejicitur sententia asserentium sufficere duos testes, numer.* 245. *Rejicitur etiam quædam aliorum opinio, existimantium sufficere tres testes in hoc Regno Lusitaniæ. In codicillis autem sustineri potest, hunc numerum sufficere si fiant in loco pestilenti, vbi propter periculum contagij plures testes haberi non possint; numer.* 246. *Admittitur opinio asserens, sufficere quinque testes, si septem inueniri non possint; num.* 247.

Testamentum validè factum cum minori numero testiũ ratione pestis non infirmatur, licet testator pestẽ euadat; n.248

Qui voluerit impugnare dictum testamẽtum dicendo, potuisse inueniri plures testes, debet id probare; ibid.

Vtrum testes, qui necessarij sunt pro testamento facto tempore pestis, debeant esse rogati? num. 249. Vtrum possint esse fæminæ? & an debeant videre testatorem? ibid.

Quod dictum est, valere testamentum tempore pestis factum cum minori numero testium, intelligitur dummodo pestis sit grauis, & magnum periculum infectionis; num.250.

241 Circa testamentum factum tempore pestis celeberrima est controuersia, vtrum validè fiat absque ordinario numero testium legibus requisito? In qua quæstione duæ sunt extremæ sententiæ æquâ fere probabilitate, & auctoritate decertantes. Affirmatiuam sequuntur Bald. *in l.vltim. numer.1 Cod. de Testament.* Iason *ibi post numer.*3. Couar. *Rubr. de Testament.p.* 3. *numer.* 21. Menchac. *de Success. creat. lib.* 3. *§.22.num.* 35.*&* 36. *vers. Quid dicendum*; Gam. *decis.*81. *&* 210. *ad finem*, vbi hanc sententiam dicit communem, & pro ea in supremo Senatu fuisse judicatum. Boerius *decis.* 228. *numer.* 11. qui tamen variè limitat, Farinac. *in Repertorio de vlt. volunt. quæst.* 61. *numer.* 15. Diana *tom.* 7.*tract.*6. *resolut.* 34. & plurimi alij quos referunt. Communiter autem hujus sententiæ Auctores eam intelligunt, vt solùm procedat, quando propter contagij periculum integer numerus testium haberi non potuit.

242 Probatur hęc sententia primò, argumento *l.vltim.Cod.de Testam.* vbi rusticanis testantibus in loco rustico, & parum frequenti indulgetur, vt possint testari cum minori numero testium, quando integer numerus adhiberi non potest, prout *supra*, §. 1. explicauimus. Secundò, quia in casu necessitatis non oportet vt ad vnguem integra testamenti solemnitas obseruetur, sed aliquid de juris rigore laxatur, vt habetur *in l.Casus, Cod. de Testament.* tradit cum alijs dicens, esse veram & communiorem opinionem Menchac. *d. lib.* 3. *§.* 24. *numer.* 3. ergo cùm in præsenti casu necessitas vitandi contagionem sit in causa, cur integer numerus testium adhiberi non possit, aliquid de tali numero remittendum erit, vt sine eo valeat testamentum. Iam vero in casu quo ipse testator contagione pestis infectus est, affirmat Gama *dict.decis.* 81.*num.*2. nullum esse Doctorem, qui in tali testamento requirat omnes juris solemnitates, quia esset requirere impossibile, cùm vix sit qui tali morbo infectos longissimè non fugiat.

Negatiuam nihilominus sententiam rigidè tenent quamplurimi, quos citat 243 Menchac. *dict.lib.*3 *§.22.sub numer.* 35. & Nigrer. eos sequens *lib.* 3. *Introduct. vltim. volunt. cap.* 12. eam communiorem dicit Jul. Clar. *lib.*3.*Sentent. §. Testamentum, quæst.*56.*numer.*3. qui tamen oppositam æquiorem dicit, & in eam magis inclinat asserens, omnes in ea consentire. Eandem secundam sententiam, relatis alijs, magis probat Anton. Gom. *in l.*3. *Tauri, numer.* 48. Molin. *disput.* 127 *numer.* 14. & Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. p.*4.*§.*1.*sub numer.*1.*vers. Est itaque*, vbi dicit, hanc opinionem videri jure, & auctoritate potiorem, quanuis prima æquior & humanior sit: plurimos etiam pro illa refert Diana *loco supra citat.* Probatur efficaciter primò, *ex l.Conficiuntur, in princip. vers. Codicilli, ff. de Iure codicil.* vbi habetur, non posse validum testamentum confici sine integro testium numero legibus præscripto, etiamsi propter aliquam rationem tot testes adhiberi non potuerint. Quod in- 244 telligitur pro quolibet casu, in quo leges ordinariam testium solemnitatem specialiter non remittunt. Vnde cum nullo jure reperiatur remissa solemnitas testium pro eo qui testatur tempore pestis, licèt tunc non possit adhiberi integer numerus testium, non proinde cum minori numero validè testari potest.

Pro-

244 Probatur secundò, euertendo fundamenta prioris sententiæ; quia in primis, quod sumitur ex L. speciali, qua rusticanis rure testantibus ordinarius numerus testium remittitur, vim non habet, cùm priuilegium, quod specialiter contra generales leges aliquibus personis conceditur, ad alios casus & personas extendi non debeat: est enim correctorium juris communis, atque adeò odiosum, & minimè extendendum. Deinde, quod ratione necessitatis desumitur ex *l. Casus, Cod. de Testament.* non solùm eam sententiam non probat, sed potiùs contra eam pro secunda retorquetur; quia in illo textu ita remittendum dicitur de omnimoda juris solemnitate propter necessitatem, vel periculum contagionis, vt tamen semper integer numerus testium adhibeatur. Propter hæc fundamenta, non dubium quin hæc secunda sententia de rigore juris sit verior; nihilominus tamen prima cùm humanior, & magnâ fulciatur æquitate, in praxi videtur obseruanda, maximè cùm jam in judicando sit recepta, vt patet per Gam *supra*, & per Rolandum apud Farinac. *d. q.* 61. *numer.* 19. aliosque statim citandos.

245 Adhuc tamen non leuis superest disceptatio in assignando minori numero testium, qui stando in dicta prima sententia sufficiens est. Quidam enim asserunt, sufficere duos testes. Ita sentiunt non pauci relati à Julio Clar. *d. q.* 56. & à Rolando *consil.* 81. *num.* 44. *& sequentibus, tom.* 1. Nonnullos etiam pro eadem opinione refert Nigrer. *d. cap.* 12. *vers. Tertia opinio*, eamque probare videtur Gama *d. decis.* 81. *num.* 2. vbi inter alios pro eadem refert Barth, *in l.* 1. *ff. de Bonor. possess. ex testam. militis*, qui licèt rem non deciderit, sed tantùm dixerit, debere id caueri statuto; non propterea, inquit Gama, recessit ab argumento, quod pro hac parte fecerat: pro eadem stant plures apud Emman. Barb. *in Remiss. ad Ordin. Lusit. lib.* 4. *tit.* 86. *§.* 2. *num.* 4. & aliquos etiam refert Boer. *d. decis.* 228. *num.* 8. inter quos Guido Papa affirmant, se vidisse tolerari in judicio testamenta facta tempore pestis coram Parocho, & duobus testibus, juxta dispositionem *cap. Cum esses, de Testam. & n.* 11. *ad finem*, idem Boerius citat nonnullos, qui tenent, quando percussus peste facit testamentum sufficere duos, vel tres testes cũ Rectore, seu Parocho; quemadmodum in testamento militis, cùm pestis sit bellum cæleste: & secundùm hanc sententiam affirmat judicatum fuisse: non paucos etiam pro hac opinione refert eos sequens Diana *d. resol.* 34 *post med.* Præcipua verò ratio traditæ principalis opinionis videtur esse, quia vbi receditur à solemnitate probatoria legibus præscriptâ, satis est quæ de jure naturali, vel gentium sufficit ad quoslibet actus probandos; quæ quidem solis duobus testibus contenta est. Cæterum hæc sententia communiter à cæteris Doctoribus tanquam ferè improbabilis rejicitur.

Neque verò magis probanda est opinio, quam pro hoc Regno Lusitaniæ firmat Gama *d. decis.* 81. *n.* 5. & tenet Mol. *d disp.* 127. *sub num.* 13. asserentes, quando sit testamentum tempore pestis, sufficere in hoc Regno tres testes, si plures inueniri non possint, argumento Ordin. Regiæ *in antiqua Collectione, lib.* 4. *tit.* 76. *§. vlt.* vbi tres tantùm testes postulantur pro testamento facto in eremo, vbi plures facilè reperiri nequeunt. Quod quidem argumentum hodie non valet; cùm illa dispositio pro testamento facto in eremo sublata sit per nouam Ordin. *lib.* 4. *tit.* 86. *§. penult.* vt ad excludenda similia argumenta non semel in superioribus notauimus. Atque ex hac ipsa reuocatione illius antiquæ dispositionis non leue sumitur argumentum contra vtramque opinionem propositam, cùm Legislator Lusitanus noluerit valere testamentum factum cum duobus, aut tribus testibus, etiamsi plures reperiri non possent. Cùm autem quoad codicillos in eremo factos illa dispositio antiquæ Ordinationis in noua Collectione conseruetur, aduertit bene Ægyd. *dict. §.* 1. *ante numer.* 3. posse argumento illius dispositionis sustineri codicillum factum cum solis tribus testi- 246

testibus tempore, & loco pestilenti, vbi propter periculum contagij plures testes adhiberi non potuerunt.

247 Aliorum denique opinio, eaque valde communis, quæ nobis etiam magis probatur, est, requiri, & sufficere quinque testes in testamento quod fit tempore pestis, si septem inueniri non possint. Hanc tenent Bald. Ripa, Dilectus, & plures alij quos citat Nigrer. *dict. cap.* 12. *num.* 1. *in princip.* tenet etiam plures referens, & dicens communiorem, ac secundum eam iudicatum Roland. *cons.* 81. *tom.* 1. *& cons.* 30. *num.* 12. 21. *&* 29. *tom.* 3. & Farinac. *d. q.* 61. *num.* 12. dicens non esse ab ea recedendum in iudicando: eandem relatis alijs approbat Boerius *decis.* 228. *num.* 11. *fine, &* 12. *in princip.* cum hac tamen moderatione vt procedat, si testator sit percussus peste; non ita verò si sanus sit, nisi fortè testetur in campestris, & villagijs. Fundamentum sumitur à simili ex *d. l. vlt. Cod. de Testament.* vbi rusticanis conceditur, quòd possint testari cum quinque testibus, si in loco plures haberi non possunt: quod ex æquitate extenditur ad eos, qui testantur tempore, & loco pestilenti.

248 Circa hanc sententiam notat meritò cum alijs Farinac. *d. q.* 61. *num.* 19. & ante illum Boerius *d. decis.* 228. *num.* 12. & Mantica *de Coniect. vlt. vol. lib.* 12. *tit.* 1. *num.* 8. ac nouissimè relatis pluribus Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 39. non infirmari testamentum semel validè factum cum prædicto numero testium, licèt testator pestem euadat, si illud postea non reuocet. Quod satis constat ex supradictis in simili de testamento rure facto, §. 1. *num.* 233. Notat rursus idem Farinac. cum alijs *num.* 22. qui voluerit impugnare testamentum factum tempore pestis, dicendo potuisse inueniri plures testes, debere id probare.

249 Dubitari prçterea solet, vtrum testes, qui necessarij sunt pro testamento facto tempore pestis, debeant esse rogati? Affirmat absolutè Gama *d. decis.* 210. post Ripam *de Priuileg. vlt. volunt. causâ pestis, num.* 42. prout illum refert Nigrer. *d. cap.* 12. *ad finem.* Alij verò absolutè negant; quam opinionem probarunt tres Senatores Regij, qui Gamæ in iudicando contradixerunt, vt ille testatur *d. decis.* 210. *fine.* Alij denique vt Christophorus Portius, quem citat, & sequi videtur Nigrer. *supra*, respondent cum distinctione, si testamentum fiat ab infecto contagione pestis, non oportere vt testes sint rogati, quam partem expressè cum alijs amplectitur Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 37. secus verò si fiat ab alio, qui adhuc sit sanus. Inter has opiniones quiuis eligere potest: ego verò potiùs secundam amplecterer, & quia fauorabilior est, & quia iuxta illam in supremo Senatu fuit iudicatum, vt affirmat Gama *supra*.

Vtrum verò in testamento facto tempore pestis fæminæ possint esse testes? Negant Gama *decis.* 44. Ripa, & alij apud Dianam *d. tract.* 6. *resol.* 35. Alij verò meliùs affirmant, vt Crotus, Thesaurus, Peregrin. & alij, quos citat & sequitur Diana *loco citat.* Dubium etiam est, vtrum testes adhibiti in testamento tempore pestis, debeant videre testatorem? & non satis sit quòd illum audiant? qua in re variè opinantur Doctores vt videre est apud Dianam *d. tract.* 6. *resol.* 38. vbi plures in vtramque partem refert; mihi verò pars affirmatiua magis placeet ex ijs, quæ idem Diana illam sequens, pro ea adducit.

Illud tandem non omittam plerosque 250 ex Doctoribus, qui tenent valere testamentum factum tempore pestis cum minori testium numero, quando plures haberi non potuerunt, aduertere, id procedere, dummodo pestis sit grauis, & magnum periculum infectionis. Ita Couar. *de Testament. p.* 3. *num.* 21. Boerius *d. decis.* 228. *num.* 11. Clarus *d. q.* 56. Roland. *dict. cons.* 81. *numer.* 37. *tom.* 1. Farinac. *dict. quæst.* 61. *numer.* 21. & alij, quos referunt: leuis enim mali & periculi ratio non habetur, vt latè prosequitur Boerius *citatus.*

(!)

§. 4. De

§. 4. *De testamento facto tempore mortis naturalis.*

SUMMARIUM.

R*Ejicitur quorundam opinio existimantium in* cap. Cum esses, de Testam. *constitutum esse, ut in testamento condito tempore mortis naturalis sufficere duos testes, præsente simul Parocho testatoris*; *num.* 251. *& seq.*

Testamentum tempore mortis naturalis potest fieri jure Lusitano voce tenus absque ulla scriptura, præsentibus sex testibus, sive masculis, sive fœminis. Si tamen testator à morte convaluerit, tale testamentum infirmatur; *numer.* 253. *An hæc dispositio locum habeat in solis testamentis, quæ fiunt instante morte ratione alicujus morbi, vel etiam ex alia causa? ibid. Utrum oporteat, ut dicti sex testes sint rogati? num.* 255.

Utrum valeat testamentum factum cum tantùm solemnitate, quæ pro solo tempore mortis sufficiens est, si testator morti re ipsa vicinus illud fecit absque ulla imminentis mortis suspicione, vel timere, ut quando paulò post ictu fulminis interijt? Respond. negativè; *numer.* 254.

251 Circa testamentum habens tantùm hanc specialitatem, quòd fiat tempore mortis naturalis, nihil in jure communi reperitur expressum. Neque admittendum est, quod nonnulli Doctores commenti sunt circa *cap. Cum esses, de Testament.* existimantes Pontificem eo loci statuere, tam pro terris Ecclesiæ, quàm Principum secularium, ut testamenta condita temporè mortis rata, & firma habeantur, si fiant presentibus duobus, aut tribus testibus, & Parocho ipsius testatoris. Hi sunt Cenedo *Collectaneo* 159. *ad Decretales, num.* 7. Bened. Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. p.* 2. *initio num.* 13. & Aug. Barbos. *in Collect. ad d. cap. Cum esses, num.* 8. Qui mouentur illis verbis, *Testamenta, quæ Parochiani in extrema fecerint voluntate, firma decernimus, &c.* quasi idem valeant, atque testamenta, quæ in extremo vitæ tempore fecerint.

Hoc, ut dixi, admittendum non est. 252 Nam præterquam quòd aduersatur receptissimæ sententiæ, quæ tenet in eo textu solùm præscribi formam pro testamẽtis, quæ fiunt in terris subjectis dominio temporali Ecclesiæ Romanæ, ut vidimus *sect.* 5. §. 1. nullo modo congruit cum ratione, & verbis illius textus; nam ratio, quam Pontifex ibi reddit, cur voluerit sufficere duos vel tres testes, est, quia juxta diuinam legem, & Ecclesiæ consuetudinem, *In ore duorum, vel trium testium stat omne verbum*, quæ ratio non magis facit ad probandum sufficere hunc numerum testium in testamento, quod fit tempore mortis, quàm in eo quod fit extra illud: & verba illa, *Quæ in extrema fecerint voluntate*, nihil aliud significant, quàm testamenta ultimò facta, seu cum quibus testatores decesserint; quia in præsenti materia illa dicitur extrema, suprema, & ultima voluntas, cum qua non reuocata testator decedit, siue illam conceperit tempore instantis mortis, siue multò ante, ut patet ex *l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* ibi: *Supremæ voluntatis.* Et ita omnes indubitanter intelligunt.

Jure autem Lusitano aliquid de solemnitate ordinaria remissum est pro testamento, quod fit tempore mortis. Nam 253 *lib.* 4. *Ordin. tit.* 80. §. *ult.* habetur, posse in eo articulo fieri testamentum voce tenus absque ulla scriptura præsentibus sex testibus siue masculis, siue fœminis. Additur autem ibi, si testator à morbo conualuerit, infirmari eo ipso, & irritum manere tale testamentum. Vnde non leue exurgit dubium, an dispositio dictæ legis solùm habeat locum in testamentis, quæ fiunt tempore instantis mortis ratione alicujus morbi? siquidem in solo testatore ægrotante potest habere locum illa limitatio, *Si à morbo conualuerit*, nihilominus dispositione illa comprehendi quælibet testamenta facta instante morte, etiam

ex alia causa, vt quando quis in latrones incidit, vel in mari jactatur graui tempestate, &c. sentit meritò Ægyd. *in d. l. 1. C. de Sacros. Eccles. p. 4. initio, n. 6.* quia dicta lex Regia loquitur simpliciter de testamento facto tempore mortis, tale autem est quod fit instante morte, vndecumque illa immineat: eademque est ratio, siue immineat ex morbo, siue aliquo alio casu, vel periculo. Neque obstat, quòd in limitatione adjuncta solùm exprimitur casus morbi: quia per hoc non restringitur illa dispositio ad eum casum, sed ponitur, & exprimitur ille casus gratiâ exempli, & frequentioris vsus; quia frequentiùs eueniт, vt in extrema infirmitate constituti testamenta conficiant.

254 Dubitari etiam potest, an valeat testamentum factum cum ea tantùm solemnitate, quæ pro solo tempore mortis sufficiens est, si testator morti vicinus illud fecit absque vlla imminentis mortis suspicione, vel timore, vt quando statim post testamentum confectum, fulmine aut simili improuiso casu ereptus est? Respondet negatiuè Ægyd. *supra, num. 12.* cum Bartholo, quem ibi refert, per *l. Si alius, §. Et est alia, vers. Quòd si nullo, ff. Quod vi, aut clam.* Ratio verò est, quia talis testator, ita erat dispositus, vt quamuis mors non immineret, solemnitatem aliàs requisitam adhibiturus non esset: ergo ejus testamentum regulari debet perinde ac si extra tempus mortis conficeretur; cùm quælibet res inspici debeat secundum præsentem statum, non verò secundum id, quod casu postea euenit, nec antea cogitabatur. Aliam rationem affert Ægyd. *supra* petitam ex eo, quòd lex remittens aliquam solemnitatem testantibus tempore mortis respexerit ad eorum perturbationē ortam ex imminentis mortis cogitatione; quam perturbationem non habent, qui testantur absque vlla proximæ mortis suspicione. Hæc tamen ratio mihi videtur friuola.

255 Si quæras, vtrum ad prædictum testamentum opus sit, vt illi sex testes sint rogati? Placet responsio negatiua non solùm quòd in hoc Regno fortasse probabiliùs est, non requiri rogationem testium, etiam pro testamentis ordinarijs, vt notauimus *sect. 3. num. 35. & sect. 5. §. 3. num. 125.* sed etiam propter illius temporis circunstantias, in quibus non præsumitur quis perfunctoriè, & per jocum de suis rebus disponere; ad quam præsumptionem tollendam testium rogatio regulariter in testamentis requiritur, vt notauimus *d. §. 3. num. 125.* & habetur *l. Hæredes palam, § penult. ff. de Testament.* & ita hanc sententiam tenet Nigrer. *lib. 3. Introduct. vlt. volunt. cap. 13. num. 4.*

§. 5. De testamento facto tempore mortis ciuilis propter ingressum Religionis.

SVMMARIVM.

Volentes ingredi, & profiteri Religionem non prohibentur disponere de suis bonis per testamentum, vel aliam vltimam voluntatem, tam ante, quàm post ingressum in nouitiatum; num. 256.

Vtrum in testamento, quod fit propter ingressum in Religionem, oporteat seruari solemnitates juris communis? Prima sententia negat; numer. 257. Iuxta hanc sententiam satis est seruari in eo testamento solemnitatem juris gentium, sicut in testamento militis; num. 258. Secunda sententia affirmat; num. 259. & hæc censetur probabilior; num. 261. ad finem.

Explicatur, quo sensu in Auth. de Monachis, §. Illud, *dicitur, volenti ingredi monasterium licere vti suis rebus, quo voluerit modo; num. 260.*

Non bene quoad facultatem testandi æquiparantur professurus monachatum, & miles armatæ militiæ; n. 261.

Probabile est nouitios Religionum posse testari cum solemnitate juris Canonici; num. 262.

Svpponimus volentem ingredi Religionem, eamque profiteri, posse de suis bonis disponere per testamen- 256 tum,

tum, tam ante quàm post ingressum in nouitiatum, nihil obstante decreto *Concil. Trid. sess. 25. de Regularibus, cap. 15.* vbi prohibetur & annullatur quęlibet bonorum renuntiatio, & obligatio ratione ingressus in Religionem, nisi fiat intra duos menses ante professionem de licentia Ordinarij; quia hoc decretum non comprehendit dispositionem bonorum per testamentum, aut aliam vltimam voluntatem, vt tanquam indubitale tradit, & probat relatis multis Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 5. num. 13. & 14.*

257 Hoc supposito, controuerti solet circa testamentum quod fit propter dictum ingressum in Religionem, an oporteat seruari in eo solemnitatem juris communis? Partem negatiuam tuentur Barthol. *in Auth. Si qua mulier, post num. 8. vers. Ex hoc dico & in l. 1. columna. 9. vers. Secundo quæro, Cod. de Sacros. Eccles.* Iul. Clar. *lib. 3. Sententiar. §. Testamentum, q. 28. num. 2* Farinac. *in Repertorio de vltimis volunt. q. 65. numer. 2.* & alij apud Menchac. & Ægyd. *infra citandos*; quam sententiam dicit communem Decius *conf. 31. num. 3. 1. p.* Probatur primò *ex Auth. de Monachis, § Illud, collat. 1.* ibi: *Illud quoque decernimus, qui in monasterium introire voluerit, antequam monasterium ingrediatur, licentiâ habere suis vti, quo voluerit modo.* Quo textu ingressuris Religionem conceditur, vt possint quouis modo suis rebus in alios vti, disponendo scilicet de illis per testamentum, vel alio modo, vt ibi probat Glossa *verbo, Voluerit modo.* Si autem per talem concessionem non intelligerentur eis remissæ juris solemnitates, nihil ea concessio operaretur; siquidem eâ seclusâ, liberum eisdem erat testari, & disponere de suis bonis cum solemnitatibus juris. Neque obstat regula *l. Si quando, in princip. de Inoffic. testam.* quòd quando alicui conceditur libera facultas testandi, intelligitur legitimè, & juris solemnitate seruata. Nam vt ibi notat Gloss. *verbo, Conceditur,* hæc regula procedit quando licentia testandi conceditur non habenti aliàs testandi facultatem, non verò quando aliàs poterat testari; tunc enim addit Gloss. *Solemnitas remissa videtur, ne nihil operetur concessio, vt l. Si quando, ff. de Legatis, 1. & l finali, ff. de Constitut. Principum.*

Probatur secundò, quia si militibus armatæ militiæ permittitur, vt testari possint absque solemnitatibus juris communis, maiori cum ratione id permittendum est illis qui de proximo accingendi sunt in cælesti militia, qualis est monachatus, & Religiosæ vitæ professio: qui enim de proximo accingendus est miles pro milite habetur, *l. penult. ff. de Milit. testam.* Confirmatur, quia simili fere verborum tenore conceditur libera testandi facultas volentibus ingredi Religionem, atque militibus armatæ militiæ: his enim conceditur *in l. 1. ff. de Milit. testam.* illis verbis, *Faciant testamenta quomodo volent:* similia autem sunt, quibus eadem facultas conceditur ingressuris Religionem, vt patet ex textu commemorato *in d. §. Illud, Auth. de Monachis*, ibi: *Quo voluerint modo.* Vnde hujus sententiæ Auctores planè sentiunt, qui Religionem ingrediuntur, aut ingredi parant, testari posse cum sola solemnitate juris gentium, atque adeò cum duobus tantùm testibus, quemadmodum milites. 258

Oppositam nihilominus sententiam, quòd scilicet in dicto testamento seruari debent ordinariæ solemnitates juris, tenent cum Saliceto Dec. & alijs Menchac. *de Success. creat. lib. 3. §. 21. numer. 174.* Nauar. *comment. 2. de Regularib. n. 52.* Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. p. 4. §. 2. num. 3.* Mol. *disp. 139. numer. 16.* & alij quos citat & sequitur Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 3. num. 18.* Fundamentum est, quia juris correctio nunquã admittenda est, nisi per aliquam posteriorem legem reperiatur inducta: nullâ autem lege reperitur facta correctio juris quoad solemnitatem testamentariam pro ijs qui ad Religionem confugiunt. Quod ostenditur, respondendo ad fundamenta prioris sententiæ. 259

Ad primum enim respondetur, Imperatorē in illo textu solùm voluisse declarare 260

rare hanc differentiam intercedere inter eum, qui vult ingredi Religionem, & qui jam eam ingressus & professus est; quòd primus potest suis rebus liberè vti, ac de illis quouis modo disponere: non ita verò secundus. Sic aliqui exponunt apud Ægyd. *supra*. Et ita sentit Decius *cap. In præsentia, num.* 60. *vers. Non obstat textus, de Probation.* & Sanch. *d. num.* 18. Respondeti etiam potest, & fortè meliùs, cum eodem Ægydio, in illo textu solùm intendi, volentem ingredi seu profiteri Religionem, non teneri relinquere sua bona monasterio, sed posse illis vti quouis modo voluerit. Siue autem hanc, siue illam expositionem admittas, non sequitur neque intelligitur, mentem Imperatoris fuisse remittere solemnitates juris pro testamentis volentium Religionem ingredi.

261 Ad secundum respondetur ex Nauarro *supra*, non bene quoad hoc æquiparari monachatum, & armatam militiam: tum quia postquam aliquis factus est monachus, quo tempore dicitur miles cælestis militiæ, non potest testari, vt habetur in *d. §. Illud, Auth. de Monach.* cùm tamen contrarium sit in milite armatæ militiæ: tum quia hìc non valet quod dicitur, proximè accingendum haberi pro accincto, quia si professurus monachatum haberetur pro monacho, testari non posset, cujus contrarium dicitur *in d. §. Illud.* Ad confirmationem patet solutio ex responsione ad primum. Hæc secunda sententia nobis videtur probabilior, & de rigore juris vera. Negandum tamen non est primam esse probabilem, saltem propter auctoritatem Bartholi, quæ in hoc Regno magni momenti est, cum lege Regia cautum sit, vt ejus sententia in judicando teneatur, quando non fuerit contraria juri, aut Glossæ Accursij, vel communiter à cæteris Doctoribus reprobata.

262 Illud etiam non immeritò aduertit Molin. *supra*, si admittamus eorum sententiam, qui tenent posse clericum testari cum sola solemnitate juris Canonici præscriptâ *in cap. Cum esses, de Testam.* idest, cum duobus, aut tribus testibus, & assistentiâ Parochi (quæ sententia probabilis est, vt constat *ex §.* 4. *sect. præcedentis*) dicendum consequenter esse, posse nouitium, seu qui Religionem ingressus est, nondum autem professus, testari similiter cum eadem solemnitate, omissâ eâ, quæ in jure Ciuili præscripta est; cùm nouitius, etiam laicus, non sit minùs exemptus à jurisdictione, & legibus Principum sæcularium, quàm clericus. Imò non desunt, qui affirmant nouitium testari posse cum solis solemnitatibus juris Canonici *in cap. Relatum*, 1. *de Testam.* vt videre est apud Sanch. *supra, num.* 19. At ipse Sanch. *numer.* 20. credit necessarias esse solemnitates juris ciuilis.

SECTIO IX.

De solemnitate testamenti ad pias causas.

SUMMARIUM.

AD valorem testamenti ad pias causas, non requiritur quod fiat cum ordinarijs solemnitatibus juris, num. 263.

Iure Canonico fuit abrogatum jus Ciuile, quo olim cautum erat, vt etiam in testamentis, & codicillis ad pias causas, seruaretur forma & solemnitas juris, ibid.

Explicatur mens Imperatoris in l. 1. *Cod. de Sacros. Eccles. vbi indulsit, vt quilibet posset bona sua relinquere collegio Ecclesiastico, num.* 264.

Nulla Ciuili lege potest abrogari dictum priuilegium concessum testamento ad pias causas, ibid.

Quæ quæstiones in hac sectione sint ventilandæ? num. 265.

INter omnia testamenta, quæ ob aliquam specialem rationem sunt priuilegiata, præcipuum est, quod fit ex pia causa: cùm enim pietas, quæ omnibus cordi esse debet, ei patrocinetur, summo omnium fauore dignum habitum est. Constat igitur apud omnes, non requiri 263

ad

ad valorem hujus testamenti, quod fiat cum ordinarijs solemnitatibus juris. Quod priuilegium ei fuit concessum per jus Canonicum *in cap. Relatum, 1. de Testament.* vbi hac in parte reuocata est consuetudo, & juris Ciuilis dispositio, qua cautum erat vt etiam in testamentis, & codicillis ad pias causas obseruaretur forma & solemnitas juris, vt constat ex *leg. Generali, 13. Cod. de Sacrosf. Ecclesf.* ibi: *Quod tamen omni alia juris ratione munitum sit*; idest, testium, & aliarum solemnitatum; quemadmodum ibi exponit Glossa, & notant communiter Doctores.

Neque alia fuit mens Imperatoris *in l.*
264 *1. Cod. eod. tit.* vbi simpliciter indulsit, vt quilibet posset bona sua relinquere collegio Ecclesiastico: id enim intelligi, seruatis juris solemnitatibus, tradit Glossa ibi, *verbo, Non sint cassa*, Jul. Clar. *lib 4. Sententiar. §. Testamentum, q. 5. initio*, & communis, quam contra Bartholum refert, & sequitur Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib. 6. tit. 3. num. 4.* Vt enim affirmat Clarus citatus, non permittebatur olim relinqui aliquid collegijs, & pijs locis: & hanc prohibitionem abstulit Imperator per illam concessionem *dict. l. 1.* quæ proinde intelligenda est saluâ formâ & solemnitatibus juris, juxta regulam *l. Si quando, in princip. Cod. de Inoffic testament.* Itaque facultas testandi validè ad pias causas absque solemnitatibus juris Ciuilis, introducta est auctoritate Summi Pontificis, cui in rebus ad bonum animæ, finemque supernaturalem conducentibus omnis alia potestas subordinata est. Vnde nullibi gentium per aliquam legem Ciuilem impediri, vel abrogari potest dictum priuilegium testamento ad causas pias concessum.

265 Hoc posito quatuor principales quæstiones circa hoc testamentum à nobis sunt expediendæ. Prima est, quid requiratur vt testamentum, & quælibet alia dispositio censeatur facta ad causam piam ad effectum gaudendi dicto priuilegio? Secunda, quę relicta ex parte ipsius materię sint pia, ita vt in eis locum habere possit fauor causæ piæ? Tertia, quæ solemnitas sufficiat, vt testamentum ad causam piam juxta dictum priuilegium sit validum & firmum? Quarta, an dictum priuilegium extendatur ad legata, & fideicommissa?

§. 1. *Quid requiratur, vt testamentum, & quælibet alia dispositio censeatur facta ad piam causam?*

SUMMARIUM.

Vt quælibet dispositio censeatur ad pias causas, opus est quòd fiat principaliter intuitu pietatis, & in bonum supernaturale propriæ animæ, ex communi sententia, num. 266.

Proponitur, & probatur multis fundamentis sententia asserens, vt dispositio gaudeat priuilegijs piæ causæ, satis esse quòd ipsa in se sit pia ex parte materiæ, licèt non sit facta intuitu pietatis, & in bonum animæ ipsius disponentis, num. 267. & seqq. Iudicium Auctoris circa hanc sententiam, num. 273.

Vt dispositio sit pia, & gaudeat priuilegijs piæ causæ, non oportet quòd fiat principaliter ad bonum spirituale disponentis, sed satis est quòd fiat ad bonum spirituale alterius, num. 274.

Non desinit esse pia, & gaudere priuilegijs piæ causæ dispositio, quæ proximè & immediatè fit ex causa pia, remotè autem ex causa non pia, num. 275.

Vtrum eleemosynæ, & similia pia opera, quæ defuncti in suis testamentis fieri mandarunt, illis prosint ad remissionem pænarum Purgatorij, quatenus eorum nomine, & vt ab eis mandata fiunt per executores talium testamentorum? Prima sententia affirmat, num. 276. Ex hac sententia arguitur contra Ægydium fidenter asserentem, nihil defunctorum animis prodesse leges & decreta, quibus pia relicta sustinentur, num. 277. Secunda sententia negat, talia opera, vt de mandato defuncti fiunt, esse satisfactoria pro illo, num.

num.278. At etiam hac sententiâ retentâ, stare non potest prædicta assertio Ægydij. Et ostenditur dicta opera multum nihilominus defunctis prodesse; num.279.

Quæ ab antiquis Iurisconsultis, & Legislatoribus constituta sunt in fauorem dotis, libertatis, & similium piarum causarum, procedunt absque respectu ad piam intentionem dotantium, manumittentium, &c. non gaudent tamen tales causæ omnibus priuilegijs, quæ pijs relictis & dispositionibus concessa sunt, si dotantes, vel manumittentes &c. non fuerunt pietate ducti; n.280.

Vtrùm gaudeant priuilegijs causæ piæ relicta ob piam causam à testatore, quem constat decessisse in peccato mortali? num.279. & 281.

Gaudet priuilegijs piæ causæ, estque mandanda executioni dispositio pia, quam testator fecit in bonum animæ suæ, licèt constet eam potiri cælesti gloria, nec vllis suffragijs indigere; num.282.

Magnifica templa, & similia pia opera semper præsumuntur fieri proximè intuitu pietatis; num.283.

Vt quis gaudeat gratijs, & priuilegijs respicientibus pietatem operantis, opus est vt operetur ex pia intentione; ibidem.

Explicatur concessio cap. Relatum 1. de Testam.*num.284.*

Vt relictum censeatur ex pia causa, requiritur quòd etiam ex parte materiæ, & personæ recipientis sit pium; num.286. Quid si reuerà fuit relictum intuitu pietatis, cùm tamen ex parte materiæ pium non esset? eodem numer. 286. fine.

Quando testator intuitu pietatis relinqueret diuiti quem putabat esse pauperem, tale relictum est pium, non tamen implendum in persona illius diuitis, sed in alia verè paupere per executorem testamenti eligendâ; num.287.

Causa legati respiciens commodum testatoris præsumitur finalis; ibid.

Quoties legatum pium impleri non potest in persona à testatore nominata conuertendum est in simile opus pium; eod. num.287.

Vt aliquid censeatur relictum ad pias causas, non oportet quòd testator exprimat se relinquere intuitu pietatis, vel pro amore Dei, aut quid simile; sed satis est, quod causa pietatis congruat personæ recipienti, vt quando absolutè relinquitur personæ pauperi, vel monasterio; &c. num.288.

IN hac quæstione conueniunt ferè Doctores omnes, vt quælibet dispositio censeatur esse ad causas pias, opus esse vt fiat principaliter intuitu pietatis, & in bonum supernaturale propriæ animæ. Ita Bald. *in l. Illud, numer.1. Cod. de Sacros. Eccles.* Tiraquel. *in præfatione ad tractatum de Priuilegijs causæ piæ, post initium, vers. Sed & non solùm, & infra, vers. Quod tamen intelligendum est.* Mantica, *de Coniecturis vltim. volunt. lib.6. tit.3. numer. 22.* Couar. *in d. cap. Relatum, 1. numer. 2. de Testament.* Peralta *in l. Si quis Titio, 22. numer.9 & 10. ff. de Legatis 2.* Sanch. *lib.1. de Matrimon. disp.4. numer.9.* Molin. *disp. 134. initio*, & alij, quos referunt. Ratio est, quia si dispositio non fiat principaliter intuitu pietatis, causa motiua & finalis talis actûs non est pietas, sed aliquid aliud, vt amicitia, consanguinitas, aut alia causa non pia, à qua denominatio sumi debet; cùm causa motiua principalis sit veluti forma à qua actus suam specificationem, & denominationem desumit. Et sic dispositio, quæ non est facta principaliter intuitu pietatis dici non potest ad causas pias, nec gaudere priuilegijs piæ causæ. 266

Contra hanc verò adeo communem sententiam opinatur more suo Ægyd. *in l.1. Cod. de Sacros. Eccles. p.3. §.1. numer.6.* 267 asserens sufficere quòd dispositio sit in se pia ex parte materiæ, seu personæ recipientis, ad hoc vt gaudeat fauore & priuilegijs piæ causæ, licèt non sit facta contemplatione pietatis: vt quando aliquid relinquitur pauperi ex affectione consan-

gui-

guinitatis vel amicitiæ. Et ita etiam sentit Surdus *de Alimentis, titul.* 8. *priuileg.* 1. *numer.* 14. Quam opinionem probat Ægydius: primò, quia si quis relinquat simpliciter sua bona pauperibus, vel alicui pio loco ex animo placendi Deo, absque onere offerendi preces & suffragia pro anima ipsius relinquentis, non magis illius animæ tale relictum proderit, eoquòd leges illi relicto faueant & priuilegia concedant, quàm si illud annullent, & ejus executionem impediant: cùm meritum apud Deum in sola pia voluntate consistat, etiam si ad executionem non perueniat: ergo leges & decreta, quæ pijs relictis fauent, non respiciunt ad spirituale commodum relinquentis, quòd nec dare, nec auferre possunt; sed ad commodum recipientis, cui fauere pietas ipsa & Religio suadet: & consequenter, si relictum in se sit pium ex parte recipientis, vt quia relinquitur pauperibus vel Ecclesiæ, id satis est vt gaudeat fauoribus & priuilegijs causæ piæ, licèt non sit relictum intuitu pietatis.

268 Probatur secundò, quia Ethnici Jurisconsulti multa in fauorem piæ causæ decreuerunt, & non est verosimile eos respexisse ad bonum aliquod spirituale animarum, piamue intentionem disponentium, sed tantùm ad merita ipsius dispositionis, prout ex parte materiæ & personarum, quibus commoda erat, pia & Religiosa habebatur: sic enim causam dotis piam esse profitebantur, & vt talem magno prosequebantur fauore absque respectu ad animum & pietatem dotantis, vt constat *ex leg. Cùm is, §. Si in ea opinione, ff. de Conditione indebiti*, quam ad hunc sensum latiùs explicat idem Ægyd. *dict. p* 3. §. 3. Simile argumentum sumit idem Auctor §. 2. *numer.* 2. ex causa libertatis, cui vt piæ, leges omnes fauent, *Etsi constet* inquit ille, *non fuisse relictam pro anima, seu intuitu propriæ vtilitatis spiritualis ipsius relinquentis:* & in hanc sententiam allegat Imolam Speculat. & Jason, contra Bartholum, quem ibi etiam refert.

Probari præterea potest eadem sententia tertiò, quia licèt testator, qui aliquid relinquit ad pias causas decesserit in peccato mortali, tale relictum gaudet priuilegijs piæ causæ vt tenet Bald. *in l.* 1. *column.* 3. *ad finem, vers. Tu dic, Cod. de Sacrosf. Eccles. & in Repetitione ejusdem l. column.* 4. *vers. Sextò quæritur, per l. Nulli, vers. Quod si testator, Cod. de Episcop. & clericis.* Panormit. licèt ex diuerso fundamento *in rubr. de Testament. num.* 11. & alij quos citat, & sequitur Mantica *lib.* 5. *de Conjectur. vltim. volunt tit.* 15. *num.* 43. *in nouissima edit. anno* 1619. Hoc autem non potest sustineri, nisi dicamus quòd priuilegia relictorum ad pias causas subsistũt ratione ejus cui relinquuntur, etiamsi deficiat respectus ad bonum spirituale relinquentis; quod Baldus expressè concedit vtroque loco supra citato, & indicat Mantica *lib.* 6. *de Conject. tit.* 3. *numer.* 16. redditque rationem Baldus *in d. vers. Tu dic*, quia dicta priuilegia concessa sunt, & propter bonum relinquentis, & propter commodum ejus cui relinquitur, tanquam propter duplicem causam finalem: quoties autem sunt duæ rationes finales, quælibet earum sufficit, *leg. Si non lex Ælia, in princip. ff. de Hæred. inst.* 269

Probatur quartò simili argumento: 270 nam licèt constet eum, qui bona sua Ecclesiæ vel pauperibus reliquit, statim post mortem ad beatitudinis gloriam admissum esse vt quia obijt martyrio, vel Deus ejus statum reuelauit, nemo negabit illud ejus relictum executioni esse mandandum, & gaudere priuilegijs causæ piæ: id autem non ex eo, quòd executio talis relicti prodesse possit animæ relinquentis, cùm propter statum beatitudinis sit incapax percipiendi aliquem fructum ex illa; sed quia ipsum relictum, seu ejus executio est vtilis percipienti, cui benefacere pietas suadet, nempe Ecclesiæ, vel pauperibus: ergo vt aliquid relictum censeatur ad piam causam ad effectum gaudendi pri-

uilegijs piæ causæ, satis est quòd ex parte personæ recipientis sit pium, & consequenter non oportet vt tale sit ex intentione relinquentis, seu quòd relictum sit in bonum animæ ipsius relinquentis.

271 Probatur quintò, quia alioqui, siquis in suo testamento præcipiat erigi aliquod insigne templum, vel monasterium ad suam & suorum memoriam posteris cōmendandam, tale relictum non gauderet priuilegijs piæ causæ; cùm intentio relinquentis non fuerit pia. Hoc autem non videtur admittendum; cùm plerunque homines in similibus operibus maximè suam famam, & nominis commendationem intendant; nec propterea talia opera dici possint profana, sed pia (vtique ex parte materiæ) & vt sic gaudere priuilegijs causæ piæ. Confirmatur, quia in legibus non attenditur ad finem & intentionem operantis, sed solùm ad finem, & intentionem operis præcepti: vnde quamuis Legislator legem condat propter aliquem malum finem à se intentum, non proinde lex desinet obligare, si opus præceptum ex se sit vtile, & cedens in bonum publicum, vt optimè aduertit Suar. *de Legibus, lib. 1. cap. 7. num. 9.* Et similiter quamuis subditus opus præceptum faciat ex malo fine, non proinde desinet implere legem, ejusque obligationi satisfacere, vt Theologi communiter fatentur: ergo etiam in præsenti, vt leges, quibus conceduntur priuilegia causæ piæ, locum habeant in relictis defunctorum, non debet attendi ad finem ipsius testantis, sed ad finem ipsorum relictorum secundùm se, seu ex parte materiæ; vnde cùm relictum Ecclesiæ, vel pro erigendo templo, & similia, secundùm se & ex natura sua ordinentur ad cultum Dei, & bonum animarum, id sufficiet, vt gaudeant dictis priuilegijs causæ piæ.

272 Probatur vltimo, & efficaciter, quia priuilegium testandi minùs solemnitèr ad pias causas, quod, vt supra diximus concessum & introductum fuit per jus Canonicum *in cap. Relatum 1. de Testament.* non continetur in eo textu, nisi quatenus sibi decernitur, vt quando aliquid fuerit relictum Ecclesiæ habeatur firmum, & validum, etiamsi solùm interuenerint duo, vel tres testes, vbi Glossa, *verbo, Relictis Ecclesiæ*, notat hunc numerum testium sufficere fauore Ecclesiæ. Nimiùm autem, & præter verborum tenorem, atque contra ipsius Ecclesiæ fauorem hoc priuilegium restringet, qui dixerit illud non habere locum, quando constiterit aliquid esse relictum Ecclesiæ ex vana gloria, vel ex alio fine non pio. Ne igitur sine fundamento in ipso textu talem restrictionem admittamus in relictis Ecclesiæ, & cæteris ad pias causas, quæ omnia *in dict. cap. Relatum* comprehenduntur, fatendum erit, satis esse quòd relictum sit in se pium ex parte materiæ, & personæ recipientis, ad hoc vt gaudeat priuilegijs causæ piæ.

Hæc sententia mihi videtur satis rationabilis: quia esse relictum in se pium 273 ex parte recipientis, eoquòd cedat in cultum Dei, vel sustentationem pauperum, sufficiens ratio est vt mouere posset, ac deberet prudentes ac pios Legislatores ad illud specialiter priuilegiandum, independenter à pia, vel profana intentione relinquentis. Et ita hanc sententiam censeo satis probabilem. At dum plures Doctores pro illa non reperio, non audeo recedere à prima, quam video esse communissimam, licèt nemo quem legerim, eam rationibus, aut textu aliquo muniat, quòd non parùm de illius probabilitate detrahit. Neque illam sic indistinctè, vt proposita est, recipio, sed cum duplici moderatione, seu explicatione.

Prima moderatio est: vt dispositio 274 sit pia, & gaudeat priuilegijs causæ piæ, non oportere vt fiat principalitèr in bonum animæ ipsius disponentis, quo illa postea juuetur; sed satis esse quòd fiat in bonum spirituale alterius, principalitèr ab ipso disponente intentum, vt cùm relinquuntur suffragia, & alia pia opera facienda pro anima alicujus consanguinei, vel amici. Quia talis

talis dispositio est omnino pia, non solùm ex parte materiæ, & personæ recipientis, sed etiam ex parte ipsius disponentis, qui ex affectu bene ordinatæ charitatis, & misericordiæ spiritualia subsidia personis conjunctis prouidet. In quo nihil non pium apparet: & reuerà talis dispositio principaliter fit, aut fieri præsumitur intuitu pietatis, & Dei; quod sufficit vt simpliciter sit pia, vel ad causas pias, vt liquet; nec credo vllum esse Doctorem, qui contrarium sentiat.

275 Secunda moderatio est: vt non desinat esse pia, & gaudere priuilegijs piæ causæ dispositio, quæ proximè & immediatè fit ex causa pia, remotè autem ex causa non pia; vt si aliquis jubeat bona sua expendi in eleemosynas, vel alia pia opera pro anima sua; id autem ideo faciat, vt hac ratione se vlciscatur de consanguineis, quibus bona erat relicturus, nisi eis esset infensus. In hoc enim euentu causa proxima, & finalis intrinseca dispositionis est bonitas objectiua illorum operum, quibus disponens animam suam juuari voluit, & odium consanguineorum solùm est causa remota & finalis intrinseca, quæ licèt sit profana & praua, id non tollit quominus ipsa dispositio, etiam ex parte voluntatis, qua disponens ita voluit expendi sua bona, sit intrinsecè pia, imò & meritoria apud Deum; quia bonitas formalis & intrinseca cujusque actus, in qua meritum apud Deum fundatur, non sumitur, neque pendet à fine extrinseco & remoto, ex quo solùm resultat in actu quædam denominatio, quæ illum intrinsecè non immutat, sed à fine proximo & immediato, à quo actus suam specificationem desumit: vnde cùm hic in præsenti sit bonus & pius, consequens est, ipsam quoque dispositionem, etiam ex parte disponentis, seu voluntatis & affectus illius esse piam; atque adeò gaudere priuilegijs causæ piæ.

276 Sic explicatâ primâ & communi sententiâ, facilè responderi potest ad argumenta, quę pro secunda confecta sunt. Ad primum respondetur, tangi in eo quæstionem satis arduam, & Theologorum propriam, vtrum eleemosynæ, & similia pia opera externa, quæ fideles in suis testamentis fieri præcipiunt, illis post mortem prosint ad remissionem pœnarum Purgatorij, quando per eorum hæredes, vel alios ministros executioni mandantur? Non posse enim illis tunc prodesse ad meritum, seu augmentum gratiæ, & gloriæ, certissimum est; cùm jam sint extra statum merendi, & crescendi in gratia, & præmio substantiali; quare solùm dubitatur de vtilitate satisfactionis pro pœnis Purgatorij. Quam quæstionem tractat plenè Suar. *tom. 4. in 3. p. disput.* 48. *sect.* 8. *à numer.* 11. vbi duas ponit principales sententias. Prima affirmat, illa opera, quatenus fiunt nomine, & de mandato defuncti esse satisfactoria pro illo; quia alioqui hæredes implendo legata eleemosynarum nihil per se conferunt, vt anima defuncti citiùs à Purgatorio extraheretur; neque ea non implendo essent in causa, vt diutius in illis pœnis detineretur; quod est contra communem sensum fidelium, & contra multa decreta, quę habentur 13. *quæstion.* 2. præsertim *cap. Qui oblationes* 2. *ex Concilio Vasensi*, 1. *cap.* 4. Et præterea, quia largitio eleemosynæ habet specialem vim ad redimendum hominem à peccatis, vt sæpè in sanctis scripturis significatur; quòd potissimè dicitur, quia ex se habet vim satisfaciendi pro pęnis Purgatorij: Vnde cùm fiat ex pia voluntate defuncti, qui eleemosynas legauit, non videtur posse negari, quòd ejus animæ prosit ad satisfactionem, seu remissionem illarum pœnarum. Et ita communiter sentiunt Theologi Sylu. *ver. Testamentum* 2. *quæstion.* 9. Tabiena *vers. Executor. quæstion.* 16. Armil. *ibid. numer.* 16. Angel. *ibid. numer.* 23. D. Antonin. *part.* 3. *titul.* 10. *cap.* 3. *§.* 12. P. Nauarr. *lib.* 3. *de Restitut. cap.* 4. *numer.* 169. Sot. *in* 4. *dist.* 45. *quæstion.* 2. *artic.* 4. *vers. Respondetur bifariam*, Pichar. *ibid. artic.* 5. *quæstion.* 4. Emmanuel Rodrig. *in summa antiqua capit.* 130. *&* *in*

noua cap. 133. *numer.* 8. Sanch. *lib.* 4. *Opusc.cap.*1.*dub.*53. *num.* 3. Molin. *tom.* 1.*de Iust.disp.*251.§. *Dubium item est*, & alij, inter quos est etiam aperte D. Thom. *in* 4. *dist.* 45. *q.* 2. *artic.*1. vbi loquendo de prædictis operibus sic ait, *Valent defuncto, quamuis illi per quos fiunt, in peccato existant.*

277 In hac sententia planum est, non habere locum illud primum fundamentum Ægydij; qui profectò non tam securè, & fidenter assereret, nihil defunctorum animis prodesse, aut obesse posse leges & decreta, quibus pia eorum relicta sustinentur, vel annullantur, & impediuntur, si leui saltem rumore audiuisset tot & tam graues Doctores, juxta communem fidelium sensum, & sacrorum Canonum decreta, agnouisse & scripsisse, executionem illorum relictorum habere vim satisfaciendi pro ipsis defunctis, eosque à pœnis liberandi. Sed parcendum est homini legum tantùm ciuilium perito, quod rem merè Theologicam ignoraret. Videamus autem, an ejus opinio in alia sententia sustineri possit?

278 Alia sententia negat, prædicta opera addere per se loquendo aliquam satisfactionem pro defuncto vltra eam, quæ respondet piæ voluntati ipsius defuncti, quando disposuit, vt illa opera fierent. Hanc tenet, & probat latè Suar. *loco citato* dicens *numer.* 16. oppositam solùm esse probabilem propter Doctorum auctoritatem. Præcipuum ejus fundamentum est, quia eleemosyna, & similia pia opera externa, quæ fiunt de mandato defuncti per ejus hæredes, & alios ministros, non sunt satisfactoria pro illo ex opere operato: hoc enim est proprium solius sacrificij Missæ, de quo non procedit quæstio; neque etiam ex opere operantis; quia in primis non habent hanc vim, vt fiunt ab hærede, vel alio ministro; cùm hic ea faciat tanquam instrumentum defuncti, ad quod per accidens est quòd sit instrumentum idoneum ad satisfaciendum: vnde non tenetur illa exequi in statu gratiæ, neque talis exequendi modus ei præcipitur à defuncto: cujus voluntas etiam absque vlla ministri operâ impleri potest, vt si omittente hærede largiri eleemosynam certo pauperi legatam, ipse pauper eam occultè accipiat: in quo euentu cùm minister nihil operetur, nulla ex parte ejus potest cogitari satisfactio pro defuncto. Deinde non habent etiam vim satisfaciendi, vt fiunt de mandato, & voluntate ipsius defuncti; quia licèt illa opera comparentur ad ejus voluntatem tanquam objectum, & effectus illius: attamen non procedunt humano more, seu tanquam actio humana, & libera à tali voluntate: vt autem opus sit satisfactorium, necesse est vt fiat more humano; & non sufficit, quòd sit effectus quidam resultans quouis modo à voluntate præcedente, vt latiùs prosequitur, & declarat idem Suar. *num.* 12. & 13. Iuxta quam doctrinam, quam judico probabilissimam, videtur posse sustineri prædictum fundamentum Ægydij.

At neque hac sententia retenta illud fundamentum stare potest: quia licèt illa opera nihil satisfactionis addant pro defuncto, per se loquendo, adhuc multum ei prodesse possunt, vt aduertit & probat idem Suar. *numer.* 18. Quia in primis possunt per accidens, & remotè prodesse ad satisfactionem, quatenus scilicet, qui eleemosynas recipiunt, excitantur ad orandum & satisfaciendum pro defuncto, qui eas dari præcepit; ad quod etiam ex gratitudine tenentur. Deinde possunt etiam illa opera vt facta ex mandato defuncti conferre aliquid ad impetrandam remissionem pœnarum Purgatorij per orationes, quæ pro ipso defuncto fiunt; quia non tantùm opera in se formaliter bona, sed etiam effectus talium operum bonorum possunt mouere Deum ad orationes faciliùs audiendas, & aliquod beneficium ex misericordia præstandum. Itaque siue hac, siue illa ratione, semper saluari debet quòd prædicta pia opera ex mandato defuncti facta illi prosunt, si est in Purgatorio, vt citiùs à pœnis soluatur, & consequenter, 279

quòd

quòd ij qui ea fieri impediunt, nocumentum ei inferunt. Vnde neque retentâ prædictâ Suarij sententiâ, Ægydij fundamentum sustineri potest, vt patet.

280 Ad secundam respondetur admittendo illos Jurisconsultos multa decreuisse in fauorem piarum causarum, vel certè speciem pietatis habentium, vt dotis, libertatis, reipublicæ, viarum publicarum, & similium, respiciendo tantùm ad ipsas causas secundùm se, absque respectu ad piam, vel profanam intentionem disponentium ad fauorem illarum. Sic enim videmus multa esse specialiter constituta fauore dotis, libertatis &c. Negamus autem ipsos Iurisconsultos, & Legumlatores censuisse piam, & dignam priuilegijs pietatis dispositionem, qua aliquis absque pietatis intuitu ad fauorem talium causarum disposuisset: ex nullo enim texto id colligitur: imò contrarium deducitur ex *dict. leg. Cum ijs, §. Si in ea opinione, ff. de Condict. indeb.* juxta Bartholum ibi, & communem intellectum, quem Ægydius refert *dict. p. 3. §. 3. numer. 4.* intelligunt enim communiter Doctores, dispositionem illius legis, quatenus doti fauet & piæ causæ, fundari in eo, quòd dos fuerit soluta ex causa pietatis, quanuis pietas ibi non accipiatur pro ea quæ spiritu Dei regitur, ita vt non subiaceat legum solemnitati, vt obseruauit Mantica *lib. 6. de Conject. vltim. volunt. tit. 3. sub numer. 22. vers. Quod autem.* Itaque licèt in casibus, pro quibus aliquid specialiter constitutum est ad fauorem dotis, libertatis &c. seruanda sint priuilegia pro illis casibus concessa, absque respectu ad piam intentionem dotantis, manumittentis &c. attamen non proinde licebit illis accomodare quælibet alia priuilegia pijs relictis, & dispositionibus concessa, si dotans vel manumittens pietate ductus non fuerit, nisi fortè per argumentum ab vno casu ad alium, juxta varias Doctorum opiniones.

281 Ad tertium respondetur primò, fortè probabilius esse testamentum ad pias causas hominis, qui notoriè decessit in peccato mortali, non gaudere priuilegijs piæ causæ: quam opinionem tenent Barthol. *in Repetit. l. 1. Cod de Sacros. Eccles. columm. 6. vlt. q. circa primam quæstionem principalem, vers. Idem dico,* Dominicus *in cap. 2. §. vlt. columm. 4. de Vsuris,* & alijs quos citat, & sequi videtur Tiraq. *tract. de Priuileg. causæ piæ, priuileg. 8. §. pen.* Idem censuit Bald. *in l. Iubemus num. 2. in fine, Cod. de Testament.* licèt oppositum sibi contrarius docuerit locis in argumento allegatis. Qua opinione retenta cessat omnino argumentum. Respondetur secundò, admissâ etiam contrariâ opinione, idest, illud testamentum gaudere priuilegijs piorum relictorum, adhuc non sequi quod in argumento intenditur: nam vt etiam agnouit Panormit. loco ibidem allegato, propterea testamentum ad pias causas hominis qui decessit in mortali, censetur gaudere dictis priuilegijs, quia intelligitur factum intuitu pietatis, & vt sic potuit prodesse testatori, vt Deus eum illuminaret ad exeundum à peccato. Neque obstat, quòd tali testatori jam in peccato mortali demortuo non posset prodesse testamenti executio, quia hoc non tollit tale testamentum fuisse verè pium, etiam ex parte testatoris, & quòd regulariter talia testamenta prosint, aut præsumantur prodesse testatoribus defunctis, quæ ratio licèt in aliquo casu particulari deficiat, non propterea cessat etiam in tali casu priuilegium, quod generaliter testamentis pijs propter illam rationem concessum fuit.

Et hinc patet responsio ad quartum, 282 quia quòd anima testatoris statim post mortem cœperit esse beata, non tollit quominus dispositio, qua disposuit ad pias causas, fuerit verè pia, etiam ex parte ipsius disponentis. Quod sufficit vt gaudeat priuilegijs piorum relictorum, licèt in eo particulari casu illius executio non prosit animæ defuncti, vt ex proximè dictis liquet. Accedit quòd quãdo talis testator disposuit ad pia, statim Deus acceptauit eam. piam volunta-

tatem, & quasi credito illam remuneravit manente penes hæredes testatoris obligatione illam implendi loco ipsius defuncti. Vnde hac etiam ratione per respectum ad relinquentem æquum fuit, vt pia relicta priuilegiarentur, quo certiùs & expeditiùs ab illo quasi credito defunctus liberaretur.

283 Ad quintum respondetur, licèt interdum magnifica templa, & similia pia opera fieri mandentur à testatoribus ad proprij nominis & familiæ splendorem, non præsumi hanc esse causam proximam talium relictorum, sed solùm remotam, quæ non tollit quominus censeri possint & debeant relicta esse intuitu pietatis, tanquam proximæ causæ motiuæ, & finalis intrinsecæ talium dispositionum, & sic esse simpliciter pia, & gaudere priuilegijs piorum relictorum juxta superiùs tradita *numer.* 275. Ad confirmationem respondetur, licèt in legibus non attendatur regulariter ad intentionem operantis, vt benè ibi probatur, tamen id fallere in gratijs, & priuilegijs respicientibus pietatem operantis, vt patet in indulgentijs concessis pro ijs, qui aliquam eleemosynam erogauerint, quas vtique non consequetur, qui pecuniam fuerit elargitus alicui pauperi absque intuitu ad pietatem; non enim ea largitio erit verè eleemosyna, sed quædam alia donatio.

284 Ad vltimum respondetur admittendo, quòd in illo *cap. Relatum*, concessum fuit dictum priuilegium fauore Ecclesiæ: at cùm is, qui relinquit Ecclesiæ, præsumatur id facere intuitu pietatis, & Dei, rectè ex illo etiam textu intelligitur, priuilegium illud concedi solùm relictis intuitu pietatis; ne contra jus commune quod ibi corrigitur, priuilegium extendatur.

285 Ex dictis colliges, vt relictum censeatur pium ad effectum gaudendi priuilegijs piæ causæ, non sufficere quòd sit factum intuitu pietatis naturalis, quam parentes habent erga filios, & filij erga parentes, cæterique consanguinei inter se, vt notat Peralta *in d. l. Siquis Titio num.* 10. *ff. de Legat.* 2. & Mantica *de Conject. vlt. volunt. lib.* 6. *tit.* 3. *sub numer.* 22. *vers. Quod autem*, tenentque cæteri Doctores communiter, quatenus negant relicta pauperibus consanguineis gaudere dictis priuilegijs, si intelligantur relicta intuitu consanguinitatis; est enim ejusmodi pietas quædam ratio humana, qua etiam Ethnici, & publicani naturaliter ducuntur ad benefaciendum personis sibi conjunctis; quæ suo etiam modo repentur in brutis animantibus, & nihil ad supernaturalem finem, & salutem animæ per se confert: priuilegia autem piorum relictorum illis tantùm dispositionibus concessa esse intelliguntur, juxta prædictam communem sententiam, quæ fiunt intuitu pietatis conducentis ad æternam salutem, vt ex affectu supernaturali religionis erga Deum, misericordiæ, & pietatis erga pauperes.

In eo etiam circa principalem quæstionem conuenire videntur Doctores vt relictum censeatur ad piam causam, & sic gaudere dicto priuilegio, non satis esse quòd testator profiteatur, se illud relinquere ad bonum suæ animæ, nisi etiam ex parte materiæ, & personæ recipientis sit pium: vt si aliquid relinquatur diuiti pro alimentis, vel dote, tale relictum non censebitur pium, etiamsi testator profiteatur se id relinquere intuitu pietatis, & pro anima sua. Ita Glossa *in l. Illud*, 17. *verbo, Alia causa, Cod. de Sacrosf. Eccles.* Barthol. *in Repetit. l.* 1. *Cod. eodem tit. column.* 7. *vers. Secundò quæro, num.* 34. Tiraq. plures referens *in præfatione ad tract. de Priuileg. piæ causæ, §. Quod adeò verum*, Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 7. *num.* 18. & 23. Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. disp.* 4. *numer.* 9. Peralta dicens communem *in d. l. Siquis Titio, numer.* 9. *ff. de Legat.* 2. Ægyd. *in l.* 1. *C. de Sacrosf. Eccles. p.* 3. *§.* 1. *numer.* 13. *vers. Secundus erit*, & Nigrer. *lib.* 3. *Introduct. vltim. volunt. cap.* 14. *num.* 7. Ratio est quia quando relictum ex parte personæ recipientis non est pium, quantumuis relinquens protestetur se intuitu pietatis relinquere, non statur tali protestationi, cùm facto ipsi sit contraria, nec pietas 286

stet

ftet in nomine pietatis, sed in substantia veritatis, vt ex Lappo dicit Tiraquel. *supra*; quare protestatio illa tanquam fraudulenta rejicitur, & testator ex alia, quàm pietatis causa reliquisse præsumitur. Si tamen reuerà testator reliquit intuitu pietatis, tale relictum esse in rei veritate pium, tradit, Sylu. *verbo, Legatum*, 4. *sub numer.* 3. *& num.* 2 *fine, Quia veritas*, inquit, *principaliter respicit intentionem relinquentis.*

287 Aduerte autem, quando testator intuitu pietatis, seu pro bono animæ relinqueret diuiti quem putabat esse pauperem, tale legatum esse pium, & simpliciter validum; non tamen implendum in persona illius diuitis, sed in alia verè paupere per executorem testamenti eligendâ. Quod non sit implendum in persona diuitis certissimum est, cùm in eo deficiat causa finalis talis relicti, nempe subleuatio, quam testator, vt opus pium & vtile propriæ animæ, intendebat: cessante autem causa finali legati in persona nominata per testatorem, cessat etiam in ea legatum *l. Cum tale §. Falsam causam, ff. de Condit. & demonstr.* Mantica *de Coniect. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 14. *numer.* 14. qui etiam in rem præsentem notat, causam legati respicientem commodum testatoris præsumi finalem. Quòd autem prædicto defectu non obstante, legatum sit validum, & implendum in alia persona verè paupere, inde constat; quia voluntas testatoris fuit vt res legata expenderetur in opus pium pro ejus anima, quod in persona ab eo nominata impleri non potest ob illius incapacitatem: quoties autem legatum pium impleri non potest in persona à testatore nominata, conuertendum est in simile opus pium, ne testator fraudetur commodo à se principaliter intento. Ita pro regula tradit Mantica *lib.* 8. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 5. *fine.* Molin. *tom.* 1. *disp.* 249. *num.* 7. Sanch. *lib.* 4 *Opusc. cap.* 2. *dub.* 21. *numer.* 3. & communis Doctorum per *l. Legatum ciuitati, ff. de Vsu, & vsufructu legato.* Et ita traditam resolutionem docet in specie Baldus in *Repetit. l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. col.* 10. *vers. Super quinta quæstione, num.* 26 & ex eo Tiraq. *in præfatione ad tract. de Priuileg. piæ causæ, vers. Et hoc adeò procedit* vbi etiam pro eadem sententia refert Bartholum, qui tamen dubitanter loquitur, & propterea à Baldo reprehenditur.

Illud tandem circa superiorem doctrinam notandum, vt aliquid censeatur esse relictum ad pias causas, & pro bono animæ, non oportere quòd testator exprimat se relinquere intuitu pietatis, vel pro amore Dei, aut quid simile; sed satis esse quod pietatis causa sit congruens personæ recipienti, vt quando absolutè relinquitur personæ pauperi, vel monasterio, aut similibus: præsumitur enim tūc relinqui ex misericordia, vel pro amore, aut cultu Dei. Sic Glossa *in l. Ex duobus, vltimo, verbo, Hæres*, ibi: *Ex personarum qualitate, & sumptibus factis præsumitur pietas, ff de Negot. gest.* Bald. *in l. Illud, num.* 1. *vers. Concludo ergo, Cod. de Sacros. Eccles.* Iason, Angel. & alij, quos citat, & sequitur Mantica *lib.* 6. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 3. *num.* 18. & 19. Quæ autem in particulari relicta censeantur ad pias causas, sumptâ conjecturâ ex qualitate personarum recipientium constabit ex *§. sequenti.* 288

§. 2. *Quæ relicta ex parte materiæ censeantur pia, vt in eis locum habere possit fauor piæ causæ?*

SVMMARIVM.

Pia relicta sunt, quæcumque immediatè ordinantur, vel ad diuinum cultum, vel satisfactionem pro pœnis Purgatorij, vel ad subleuandam aliquam proximorum miseriam; numer. 289.

Quando aliquid simpliciter relinquitur Ecclesiæ, vel monasterio, tale relictum est pium. Et quid quando relinquitur alicui monacho? num. 300.

Relictum Hospitali censetur ad piam causam: ipsumque Hospitale est pius locus, licèt non sit erectum, vel approba-

tum auctoritate Episcopi; num. 301.

Relicta Confraternitatibus dicuntur ad pias causas, nisi relinquantur, vt cedant ipsis confratribus ad proprium ipsorum vsum, & vtilitatem temporalem; num. 302.

Relictum viduis, & orphanis, censetur pium, si modo tales personæ sint pauperes; num. 303.

Relictum consanguineo, vel amico pauperi censetur communiter pium, quando testator exprimit, se illi relinquere, quia pauper est; num. 304. Quid, si non exprimat, se relinquere ex pia causa? num. 305. & seqq.

Legatum alimentorum censetur pia causa, si pauperi relinquatur: non ita verò si relinquatur diuiti, quanuis tunc etiam sit fauorabile; num. 308.

Legatum etiam dotis pium censetur, si relinquatur pauperi; num. 309. Licèt autem puella maritanda habeat necessaria ad victum, si tamen non habet facultates sufficientes, vt secundùm suam qualitatem possit dotari, & nubere, dos ei legata censetur pauperi relicta; num. 310.

Licèt quis habeat vnde viuat, si non habet pro ratione sui status & dignitatis, dicitur simpliciter persona pauper; ibid.

Si dos pauperi relicta excedat summam, quæ illi necessaria est ad nubendum, juxta conditionem suam, tale relictum quoad illum excessum non est pium. Si tamen testator fortè ignorabat illius conditionem, & gradum indigentiæ, totum relictum censendum est pium: & quomodo debeat impleri? n. 311.

Legatum libertatis censetur pium, & gaudet priuilegijs piæ causæ, si sit relictum intuitu pietatis, seu pro amore Dei. Vt autem tale judicetur, satis est quòd libertas legetur simpliciter, non addendo pro Dei amore, vel quid simile. n. 312.

Legatum pro incertis, & male ablatis est pium, si relinquatur pauperibus, vel pio loco. Secus si sit relictum ad soluendum creditoribus. n. 313.

Vtrum legatum pro incertis, & male ablatis minuat legitimam filiorum? 314.

Quædam alia relicta, quæ pia censetur. n. 315. remissione.

CVm ex supradictis constet, ad hoc vt relictum censeatur ad pias causas, non satis esse quòd testator dicat se relinquere intuitu pietatis, sed requiri vt relictum sit in se pium, seu, vt dici solet, ex parte personarum recipientium; atq; id sufficere vt præsumatur esse relictum intuitu pietatis, & sic gaudeat priuilegijs piæ causæ, videndũ necessariò est, quæ relicta censeantur pia ex parte materiæ, seu personarum recipientium? Hac igitur in re illud generaliter statuere possumus, pia relicta esse quæcunq; immediatè ordinantur, vel ad diuinum cultum, vel ad satisfactionem pro pœnis Purgatorij proprijs culpis respondentibus, vel ad subleuandam aliquam proximorũ miseriam, vt fit per opera, quæ misericordiæ appellamus. Hanc generalem resolutionem desumo, tum ex communi Doctorum sensu, tum ex Ordinatione Lusitana *lib. 1. tit. 62. §. 41.* vbi declaratur, quòd quando in institutionibus jubentur fieri aliqua opera pia, intelliguntur Missæ, anniuersaria, responsoria, ornamenta, & res quæ cultui diuino inseruiunt: item curationes infirmorum, culcitræ, & stragula pro ijsdem, largitiones pro alendis, vel vestiendis pauperibus, redemptio captiuorũ, expositorum educatio, viatorum pauperum receptio, & quælibet similia opera misericordiæ. Pro vberiori tamen doctrina aliqua in particulari explicanda sunt. 289

Primò igitur certissimum est, quando aliquid simpliciter relinquitur Ecclesiæ, vel monasterio, tale relictum esse pium; quia cedit in cultum Dei, vel in sustentationem pauperum; & ita censetur ad piam causam. Sic Tiraquel. *in præfatione ad tract. de Priuileg. piæ causæ, sub initium*, Mantica *de Coniect. vlt. vol. lib. 6. tit. 3.* & cæteri omnes. Quando autem quippiam relinquitur alicui monacho, licèt acquiratur monasterio, videndum est, 300

quo

quo intuitu relinquatur: si enim id fiat intuitu pietatis, vt quia monachus indiget, nec monasterium ci aliàs sufficienter succurrit, censetur relictum ad piam causam: non ita verò si fiat contemplatione consanguinitatis; vel amicitiæ. Ita Bald. *in l.1.Cod. de Sacrosf.Eccles. column 4. vers. Circa personam* Panormit. *in rubrica de Testamentis*, & Tiraq. *vbi supra*. Vnde autem intelligendum sit, an relinquatur intuitu pietatis, vel potiùs consanguinitatis? constabit ex infra dicendis circa re-
301 lictum consanguineo pauperi.

Secundò, certum similiter est, relictum Hospitali, dici ad pias causas, non solùm quia est in subsidium pauperum infirmorum, sed etiam quia ipsum Hospitale dicitur locus pius. Quod licèt nonnulli intelligant solùm procedere, dummodo Hospitale sit institutum auctoritate Episcopi, vel ab illo approbatum: tamen alij longè meliùs tenent, etiam Hospitale absque tali auctoritate institutum esse pium locum, licèt non sit Ecclesiasticum, aut Religiosum; quia opera pietatis in eo exercentur. Sic multi apud Tiraquel. *in d. Præfatione, vers. Sed alij*. Quod etiam tenet Valasc. omnino in hanc rem videndus *consult.* 105. *præsertim à num.* 38.

Tertiò, dicitur ad pias causas relictum
302 Confraternitatibus, vt notarunt non pauci, inter quos Barthol, apud eundem Tiraquel. *vers. Item relictum*, & tradit ex Recentioribus Bened. Ægyd. *in l. 1. C. de Sacrosf.Eccles p. 1. initio, num.* 52. dicens, id esse sine dubio, & quidem meritò; cùm tales Confraternitates omnia ipsis relicta expendere debeant in cultum Dei, & Sanctorum, aliaque pia opera; atque ea sit intentio relinquentium, quos fallere non possunt. Cæterùm nonnulli etiam quos citat idem Tiraquel. contrarium tenuisse videntur: quam sententiam ego judico improbabilem, nisi fortè loquantur de relictis, quæ cedant ipsis Cófratribus ad proprium ipsorum vsum, & vtilitatem temporalem; in quo euentu non dubium, quòd talia relicta non sint pia, quemadmodum ea, quæ relinquerentur *Bechetis*, de quibus loquitur Bald. *in l. Siquis ad declinandam, §. In omnibus, column.6.num.*19. *vers. Deinde quæritur de tali quæstione, in fine, Cod de Episcop. & clericis.*

Quartò, relictum viduis, pupillis, seu orphanis, & alijs miserantibus personis, 303
pium censetur apud Tiraquel. *in d. præfatione vers. Item relicta viduis.* Hoc autem intelligendum est de viduis, & pupillis, qui verè sint pauperes, vt de pupillis notauit idem Tiraquel. *vers. Et videtur hoc*: & tam de viduis, quàm de pupillis Speculator *lib. 2. particul. 2. tit. de Instrumentorum editione, §. Nunc vero aliqua, num.*62. & alij, quos citat & sequitur Ægyd. *in l.1.Cod. de Sacrosf. Eccles. p.3.§.4.num.2.& 4.* Licèt enim ejusmodi personæ ex sola qualitate, seu conditione talium personarum miserabiles censeantur, etiamsi diuites sint, juxta probabilem sententiam, quam cum Rolando & alijs sequitur Barbosa 1. *p.l.1. num.* 50. *ff. Solut Matrimon.* hoc tamen non intelligitur quoad effectum gaudendi priuilegijs propriam & strictam pietatem respicientibus; ad hoc enim requiritur quòd verè sint pauperes. Qua ratione idem Barbosa *citato loco* resoluit, vt hæ personæ censeantur miserabiles, quoad effectum vt judex Ecclesiasticus de earum causis cognoscat, opus esse quòd pauperes sint.

Quintò, relictum consanguineo, vel 304
amico pauperi communiter judicatur pium, quando testator exprimit, se illi relinquere intuitu pietatis. Sic Tiraquel. plures referens *in d. præfatione ad tract. de Priuileg. causæ piæ, vers. Quod adeo verum est, juncto vers. Quod tamen intelligendum est*: Peralta *in l. Siquis Titio, num.*15. *ff. de Legat.*2. Nigrer. *lib.* 3. *Introduct. vltim. volunt. cap.* 14. *num.* 9. & alij infra citandi. Licèt enim relinquens consanguineo pauperi ad id potuerit moueri ratione consanguinitatis, tamen cùm etiam moueri potuerit pietate, & hanc expresserit, eâ potius fuisse motus censendus est; & sic tale relictum ad piam causam judicatur.

Quando autem relinquens pauperi 305
con-

consanguineo non expresserit, se relinquere ex pia causa, non leuis controuersia est, an tale relictum censendum sit pium, & ex causa pietatis, vel potiùs ex causa consanguinitatis? Censendum esse hoc secundum, tenent magis communiter Doctores, Bald. *Auth. Similiter, numer.*5. & Romanus *ibi num.*3. *Cod. Ad leg. Falcidiam* Decius *cons.*120. *numer.*4. & plures alij, quos citat, & sequitur Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 115.*à num.*6. Idem sequitur dicens esse probabilius Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. disp* 4 *num.*9. & Nigrer. *proximè*. Probant, quia in dubio quando possunt capi duæ conjecturæ, vna quod dispositio sit facta contemplatione consanguinitatis; altera, quòd sit facta intuitu pietatis: magis præsumitur facta contemplatione cōsanguinitatis, per text. *in l.Tutor,§.Quæ tutoribus, ff. de Excusat. tutor.* vbi concurrentibus duabus præsumptionibus, illa præfertur, quæ consurgit ex conjunctione sanguinis, cùm hæc sit causa naturalis, quę est potentior accidentariâ.

306 Nihilominus potiùs censendum esse illud relictum intuitu pietatis, tenent Mantica *lib.6. de Conject. vltim. volunt. tit.*3.*num.*19.Peralt. *in d.l. Siquis Titio, à num.*14 *ff.de Legat.*2. Gutier. *cons.* 26. *numer.*8. Nouarius *tract.de Priuileg.miserab. person. priuileg.* 20. *num.* 5. & alij, quos referunt. Et hæc sententia mihi videtur probabilior; quia in dubio magis videtur capienda conjectura pro ea parte, quæ ad bonum animæ testatoris spectat; cùm hęc ipsis etiam filijs charior esse debeat. Nec obstat *d.l.Tutor,§ Quæ tutoribus*: ibi enim deciditur, legatum relictum filio, quem pater dedit tutorem ejus fratri, ei deberi, licèt à tutela se excusauerit, quia magis videtur ei relictum, vt filio, quàm vt tutori; ex quo licèt rectè inferatur, fortiorem regulariter censeri rationem consanguinitatis, quàm alias humanas rationes, ex quibus testatores moueri possunt ad aliquem honorandū; non tamen infertur, censeri similiter potentiorem, quàm rationem pietatis ad salutem animæ ipsius testatoris spectantem, quæ rebus omnibus præferri debet. Accedit, quòd ratio consanguinitatis nō excludit, imò juuat conjecturam pietatis, cùm eleemosyna potiùs facienda sit pauperibus consanguineis, quàm extraneis, si cætera sint paria, vt communis Theologorum fatetur, & habetur *cap. Non satis,86.dist.*

Maximè verò procedit hæc secunda sententia, quando in legato fit mentio paupertatis consanguinei: in quo euentu illam etiam sequitur Sanch. *supra.* Item procedit maximè, quando legatum esset nullum, nisi ex causa pietatis relictum esset, vt quando non fuit adhibita solemnitas juris communis: sic Mantica *supra, numer.*21. quia non debet censeri testator elegisse viam, per quam suum judicium impugnaretur *l.*3 *ff.de Milit. testam.* & prætereà, quia in dubio capienda est ea præsumptio, per quam dispositio valeat *l.Quoties* 2.*ff. de Reb. dub. cum concordantibus.* Quare in hoc euentu eandem secundam sententiam amplectitur Tiraq. *in d.præfatione ad tract.de Priuileg.causæ piæ vers. Sed si hoc omnino.* Vbi etiam quando relictum esset validum, esto pium non foret, in eandem sententiam propendet, quatenus dicit se in tali casu cogitandum relinquere, eoquòd non audeat tot Doctoribus oppositum tenentibus contradicere. 307

Sextò, legatum alimentorum pia causa censetur, ex communi sententia, quam 308
multis relatis Doctoribus tradunt Tiraq. *in d. præfatione vers. Item legatum alimentorum*, & Surdus *de Aliment. lib* 8. *priuileg.*1.*num.*1. qui inde notat, cuilibet de populo licitum esse postulare pro alimentis, quia ita seruatur in alijs pijs causis, juxta text. *in §.Sin autem hoc facere, vers. Si autem scimus, Auth. de Ecclesiasticis titulis.* Intelligitur autem dicta communis resolutio, quando legatum alimentorum fit pauperi. Ita Barth. *in l. Alio, num.*4. *&* 5. *ff. de Aliment.& cibar. legat.* & plures alij, quos citant, & sequuntur Tiraq. *supra, vers. Sed hoc intellige* Surd. *d. priuileg.*1.*num.*3. & Mantica, *lib.6. de Conject. vlt. volunt. tit.* 3. *num.*

num 22. *per text. in §. Aliud quoque caputulum*, ibi: *Egenis alimenta impendant, Auth. Vt cum de appellatione cognoscitur.* Notant autem hi Doctores, licèt legatum alimentorum diuiti relictum, non sit ad pias causas, tamen esse fauorabile.

309 Septimò, ex communi etiam sententia pium censetur legatum dotis, juxta text. *in l. Cum is*, §. *Si in ea opinione, ff. de Condict. indeb.* Intelligendum tamen id est de dote, quę pauperi relinquitur, vt ex Baldo, & multis alijs aduertit Tiraq. *in d. præfatione, vers. Item cum dos*, & Mantica *d. tit.* 3. *num.* 22. æquiparantur enim dos & alimenta, vt notatur per Glossam communiter receptam *in l. Ob æs, Cod. de Prædijs minorum*; & ideo quemadmodum legatum alimentorum non est pium, nisi quando relinquitur pauperi, vt proximè tradidimus, sic nec etiam legatum dotis.

310 Nota verò, licèt puella maritanda habeat necessaria ad victum, si tamen non habeat facultates sufficientes, vt secundùm conditionem suam possit dotari, & nubere, id satis esse vt dos ei legata censeatur pauperi relicta, vt ex Baldo scripsit Decius *cons.* 120. *num.* 2 *p.* 1. & tradit bene Mantica *proximè num.* 24. & Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. p.* 3 §. 3. *num.* 3. Licèt enim quis habeat vnde viuat, si non habet pro ratione sui status & dignitatis, dicitur simpliciter persona pauper, vt notant Bald. *in l. Siquis ad declarandam, num.* 5. *Cod. de Episcop. & clericis*, Tiraq. *in d. præfatione ad tractatum de Priuilegijs piæ causæ, vers. Intellige secundò*, Barbos. *in l. Maritum*, 13. *num.* 6 *ff. Soluto Matrimon*; & cæteri communiter: similiter ergo, si puella non habeat competentem dotem ad nubendum, juxta conditionem suæ personæ, id sufficiet vt censeatur pauper, & consequenter vt dos ei legata censeatur relicta personæ pauperi.

311 Nota prætereà, si dos relicta pauperi excedat summam, quæ illi necessaria est ad nubendum, juxtà suam conditionem, tale relictum quoad illum excessum non esse pium, vt in simili notauit cum alijs Tiraquel. *in d. præfatione, paulò ante finem, vers. Item legatum factum*, & in specie Ægyd. *d. p.* 3. §. 1. *post num.* 12. Qui tamen benè explicat, hoc procedere, quando relinquens nouerat conditionem, & gradum necessitatis personę honoratæ: nam si fortè id ignorabat, tunc docet benè idem Auctor *sub numer.* 10. censendum esse testatorem illi reliquisse tam largam dotem solius pietatis intuitu, eoquòd putaret eam personam totâ illâ indigere, & sic tale relictum esse simpliciter pium & implendum, partim in persona à testatore nominata, ita vt ei detur pars quâ indiget, & pietas illi dandum suadet: partim verò, seu residuum in alijs pauperibus maritandis, præferendo semper consanguineas testatoris alijs extraneis. Hæc resolutio constat apertè ex suprà traditis § *præced. num.* 287.

Octauò, legatum libertatis pium judicatur per text. *in leg.* 1. §. *penult. Cod. de Communi seruo manumisso*, ibi, *Ad hanc rationem pietatis peruenit.* Notat autem Barthol. *in Repetit. l.* 1. *num.* 64. *ad finem, Cod. de Sacros. Eccles.* vt ejusmodi legatum censeatur simpliciter pium, ita vt gaudeat priuilegijs pię causæ, oportere vt sit relictum intuitu pietatis, seu pro amore Dei: licèt oppositum censeat Imola, & Jason, quos citat, & sequi videtur Tiraquel. *in d. præfatione, vers. Limita, quod dictum est.* At sententia Bartholi conformior est communi, quæ tenet, vt relictum censeatur simpliciter ad piam causam, ita vt gaudeat priuilegijs talis causæ, oportere vt sit pium tam ex parte personę recipientis, quàm ex parte relinquentis, vt vidimus §. *præcedenti.* Et ita in proposita specie legati libertatis docet Valasc. *consult.* 67. *fine*: Illud autem citra controuersiam videtur, si libertas simplicitèr sit legata, non addendo pro amore Dei, vel propter specialem affectionem erga seruum, censeri debere legatam esse intuitu pietatis; siquidem quando pia causa congruit personę recipienti, censetur in dubio relictum propter eam causam, vt cum Baldo, & alijs notauimus *præcedenti* §. *in fine.* 312

No-

313 Nonò legatum pro incertis, & male ablatis ad piam causam dicitur, vt cum Baldo & alijs docet Tiraquel. *in d. præfatione prope finem, & in l. Si vnquam, verb. Libertis, numer.* 88. *Cod. de Reuocand donat.* vbi dicit, hoc esse citra dubium. Idem relatis multis tradit Nouarius *tract. de Priuileg. malè ablatorum, priuileg.* 1. *num.* 12. *&* 13. vbi addit, adeò priuilegiatum esse hoc relictum vt non solùm gaudeat proprijs priuilegijs piæ causæ, sed etiam multis alijs. Ratio verò principalis resolutionis est satis aperta; siquidem hoc legatum relinquitur, & pertinet ad salutem animæ & exonerationem conscientiæ ipsius testatoris, quæ causa est maximè pia; & cùm relinquatur pauperibus, aut pio loco, nihil deest quominus sit verè pium tam ex parte relinquentis, quàm recipientis. Et hinc à contraria ratione relictum ad soluendum creditoribus non censetur pium, vt resoluit Innocentius, Hostiensis, Panormit; & alij apud Tiraq. *in d præfat. in fine*, quia licèt ex parte relinquentis apparet pium, cùm fiat ad exonerandam ejus cōscientiam; tale tamen non est ex parte recipientis.

314 Circa hoc legatum est quæstio satis vtilis, vtrum minuat legitimam filiorum? Respondet affirmatiuè cum multis alijs Nouarius *d. tract. de Priuileg. malè ablatorum, priuileg.* 5. *numer.* 5. quia relictum pro incertis malè ablatis, est de ære alieno soluendo pauperibus juxta præsumptam voluntatem creditorum: æs autem alienum detrahitur ante legitimam filiorum, eamque minuit. Dicendum tamen est, si per testes aut instrumenta sufficienter constet, testatorem esse oneratum incertis, & malè ablatis, tunc relictum pro illis soluendis minuere filiorum legitimam, & ante illam esse deducendum: secus autem si sola confessione testatoris de tali debito constet; quia simplex illius confessio non probat aduersus eos, quibus pro suo libito nocere non poterat, vt quando tendit ad minuendam legitimam filiorum. Ita Surdus *de Aliment. tit.* 8 *priuileg.* 30. *num.* 12. *& in specie priuileg.* 95. *num.* 9. vbi alios refert. Nonnullos etiam pro hac parte adducit idem Nouarius *supra, priuileg.* 24. *num.* 2.

Præter supradictas species piorum relictorum, nonnullæ aliæ à diuersis Doctoribus traduntur, quas omittendas censui; quia vel solùm lato modo piam causam dicuntur continere, vel leuioris sunt momenti, quàm vt in eis hic immorandum sit. Præcipuas affert Tiraquel. *in d. præfat. ad priuilegia piæ causæ*, & Aug. Barbos. *lib.* 3. *Iuris Ecclesiastici cap.* 25. *à num.* 9. 315

§. 3. *Quæ solemnitas sufficiat ad valorem testamentorum, seu relictorum ad pias causas?*

SVMMARIVM.

Certum est in testamento ad causas pias sufficere duos testes idoneos; num. 316. *Oportet autem vt illi duo testes sint omni exceptione maiores. Is verò, cujus interest testamentum esse firmum, non tenetur probare idoneitatem testium, sed id debet opponi, & probari ab Aduersario. Item possunt tales testes esse fœminæ. Nec oportet quòd sint rogati; num.* 317.

Relictum monasterio non potest probari per duos Religiosos ejusdem monasterij. Nec Capellanus Hospitalis est integer testis ad probandum relictum Hospitali; ibid.

An dicti duo testes requirantur in testamento ad pias causas, tanquam solemnitas necessaria; ita vt non satis sit, quòd aliunde constet de voluntate testatoris? Prima sententia est affirmatiua; num. 318. *Secunda, & vera est negatiua, tenetque satis esse quòd tale testamentum sit scriptum, vel subscriptum manu testatoris, vt sustineri debeat, si de veritate talis scripturæ sufficienter constet; num.* 319. *& seqq.*

Testamentum ad pias causas non est minus priuilegiatum, quàm testamentum inter liberos; num. 320.

Testamentum ad pias causas, quod manifest

sit imperfectũ quoad solemnitatem juris, valet & seruari debet, si de ejus veritate constat; num. 323.

Vtrùm valeat testamentum ad pias causas, quod mansit imperfectũ quoad voluntatem, quia nimirum testator postquam piè aliqua disposuerat, cùm ulterius progredi vellet, morte aut alio impedimento præuentus dispositionem absoluere non possit? Multi sentiunt tale testamentum non valere, etiam quoad pia in eo disposita; num. 324 & seq. Contraria tamen sententia est receptior, & longè verior ab Auctore judicatur; num. 326. & seqq.

In ambiguis fauendum est piæ causæ, ac pro ea pronuntiandum; num. 327.

Quando post piam causam hæredem institutum testator decessit, cùm adhuc vellet vlteriùs disponere, & relinquere aliqua legata, integra hæreditas danda est piæ causæ institutæ; num. 328.

Testamentum ad pias causas est magis priuilegiatum, quàm testamentum inter liberos, & cur? num. 329.

Si testator piæ dispositioni in testamento scriptæ adjecit, esse intelligendam cum conditionibus à se infra declarandis, & morte præuentus testamentum non absoluit, eâque de causa illas conditiones non declarauit, tale testamentum corruit, etiam quoad illam piam dispositionem; num. 331.

Quando testator omnem suam voluntatem verbo, aut scripto declarauit, subjunxit autem, velle se vt per notarium illa sua voluntas scriberetur, & fieret testamentum solemne, & interim dum notarius, & testes ad solemnitatem necessarij vocarentur, decessit, an illa præuia voluntatis ejus declaratio facta ad pias causas habeat vim dispositionis validæ? Negat communissima sententia; num. 332.

Opposita tamen sententia judicatur probabilis tam in voluntate ad causas pias, quàm inter liberos; num 333.

Hæc secunda sententia procedit quando testator suam voluntatem declarauit, vtendo verbis dispositiuis; vt dicendo, Relinquo mea bona tali monasterio: *non autem si diceret,* Volo relinquere, *& c. num. 334.*

Soluitur fundamētũ primæ setētiæ; n. 335

Quando testator suam voluntatem ad pias causas scripsit, non adhibitis testibus & notario; & non constet quòd eos voluerit adhibere ad ordinandum, vel perficiendum solemniter testamentum, sed tantùm de hoc dubitatur: talis scriptura vim habet testamenti, etiam retentâ communi sententia, quæ num. 332. posita est; num 336.

In dubio, an dispositio testamenti habita fuerit à testatore pro perfecta & absoluta, præsumitur de jure quòd sit perfecta. Et talis etiam censetur, quoties testator aliquot dies superuixit post suam volũtatem imperfectè scripã; n. 337

IN hac re certum & communiter receptum est, in testamento ad pias causas sufficere duos testes idoneos, juxta *c. Relatum, 1. de Testam.* vbi licèt Pontifex solùm expressè loquatur de testamētis, & dispositionibus factis in fauorem Ecclesiæ, statuens vt in causis, vbi de relictis Ecclesiæ agitur, sufficiant duo, aut trestestes legitimi: attamen ipse vsus, & & communis Doctorum sensus illum textum, aut extendit, aut sic interpretatus est vt omnia pia relicta comprehenderet. Quam comprehensionem optimè declarat Menchaca *lib. 3. de Success. creat. §. 22. n. 14.* & ita quòd in ejusmodi relictis sufficiant duo testes, docent relatis multis Tiraq. *de Priuil. causæ piæ in exordio, & priuileg.* 1. Couar. *in d. c. Relatum, n. 2.* Mantic. *de Conject. vlt. vol lib. 6. tit. 3. n 4.* Valasc. *consult. 67.* Mol. *disp. 134. n. 4.* Bened. Ægyd. *in l. 1. C. de Sacros. Eccles p. 3. initio, num. 2.* & cæteri omnes. 316

Oportet autē, vt illi duo testes sint omni exceptione maiores ad plenã probationē faciēdã, Mantic. cũ alijs *d. tit. 3. n. 6.* Quin de infert, relictũ alicui monasterio nō posse probari legitimè per duos Religiosos ejusdē monasterij: & similiter Capellanũ alicujus Hospitalis nō esse integrũ testē ad probandũ, Hospitalē fuisse heredē scriptum. 317

tum. At qui contendit testamentum esse firmum, non tenetur probare testes esse idoneos, & nullum pati defectum: tales enim in dubio præsumuntur, donec contrarium opponatur, & probetur. Sic Couar. *in d.cap. Relatum, num. 6.* Mantica *d.tit.3.num.* 13. Molin. *d. disp.* 134. *num.6.fine*, & alij quos referunt. Item possunt dicti testes esse, vel masculi, vel fœminæ, Tiraquel. *supra priuileg. 5. in princip.* Couar. *in d.cap.Relatum,num.5.* Molin. *supra, num.* 4. Neque oportet quod sint rogati, Barthol. *in Repet. l.* 1. *Cod.de Sacrosf.Eccles. num.76.* Tiraquel. *supra, priuileg.3.in princip.* Couar. *supra, num.4.* Ægyd. *d.num.* 2 *vers. Quod verò*, & plures alij, estque communis sententia. Neque enim juxta *d. cap. Relatum*, 1. *de Testamentis*, maior solemnitas requiritur in relictis ad pias causas, quàm quæ jure naturali, seu gentium necessaria est: quòd autem testes debeant esse rogati, juris Ciuilis inuentum est.

318 Quæstio verò est, an dicti duo testes requirantur tanquam solemnitas necessaria ad valorem testamenti, vel solùm ad legitimam probationem in foro externo, quando aliunde de voluntate testatoris constare non potest? Requiri tanquam solemnitatem necessariam tenent Iason, Paulus Castrens. Aretinus, & plures alij apud Valasc. *dict. consult.* 67. *numer.* 5. Idem tenet Mantica *lib 6.de Conject.tit.* 3.*num* 9. qui tamen addit, si aduersarius confiteatur testamentum, de quo agitur, factum esse à defuncto sine testibus ad pias causas, recipiendum esse: fauet Couar. *in d.cap.Relatum, num.* 12. vbi in fine ait, malle se huic opinioni subscribere, quàm oppositæ, nisi fauor causæ piæ ipsum auerteret. Fundamentum est, primò quia sicut numerus testium est generaliter de forma testamentorum, juxta leges Ciuiles, ita duo saltem testes sunt de forma testamenti ad causas pias, secundùm jus Canonicum *in dict. cap. Relatum*, 1. sine forma autem, seu solemnitate per legem introductâ, nullus actus est validus. Secundò, quia quod testamentum ad pia valeat sine testibus, nullo jure reperitur expressum: priuilegium autem debet ostendi, licèt causa de qua agitur, sit aliàs priuilegiata, *l. In fraudem, §.finali, ff. de Milit.testam.* Tertio, quia libertas censetur causa pia *l.1.§ penult.C. de Communi seruo manumisso:* & tamen vt validè relinquatur debet esse scripta, dictaque à testatore coram testibus, *§. Nos igitur, vers. Si tamen, Auth. de Testamentis imperfectis, collat.*8. Ex his inferunt citati Doctores, non valere testamentum ad pias causas, etiamsi manu testatoris scriptum esse constet, nisi saltem duo testes in eo sint adhibiti.

319 Nihilominus non requiri testes ad valorem talis testamenti, sed satis esse quòd sit scriptum manu testatoris, quanuis nulli testes in eo sint adhibiti, docent meritò Tiraquel. referens alios *in d. tractat. de Causa pia, priuileg.* 2. & 4. Alex. Decius, & alij quos citat & sequitur Menoch. *cons* 224. *numer.* 66. dicens hanc sententiam esse magis receptam, & approbatam, idem Menoch. *cons.*167.*num* 20. Couar. *supra*, licèt aliquantulum retractans, Valasc. *d.cons* 67.*num.*7. vbi tamen aliquot modificationes adhibet, quas dicit necessarias vt scriptura testatoris plenam fidem faciat: addit verò *num.*8. satis etiam esse quòd scriptura sit subscripta à testatore, licèt propriâ ejus manu scripta non sit. Nigrer. *lib.3.Introd. vltim. volunt.cap.*14.*num.*4. dicens satis esse quòd constet de vera testatoris voluntate, siue per testes idoneos, siue per aliquam indubitabilem scripturam. August. Barbos. *lib.3.juris Eccles.cap.*27.*numer.* 101.& 102. Sanch. *lib.4.Opusc.cap.*1.*dub.*7.*numer.*6. Lessius *lib.2.de Iust.cap.*19. *dubit.* 2.*num.*7. Cardinalis Lugo *tom.2. de Iust. disp.*22.*sect.*9.*num.*267. Idem in terminis magis abstractis docent Mol. *d.disp.*134. *numer.*7. Vazq. *Opusc.de Testam. cap.*3. *dub.*1.*num.*12. & alij, asserentes, quanuis in testamento ad pias causas deficiat solemnitas juris gentium duorum, aut trium testium, id non officere quominus testamentum sit validum; & solùm requiri, quòd aliqua certa ratione constet de voluntate defuncti, vt impleri debeat,

beat, quod latiùs prosequitur & explicat Mol. citatus post Tiraq. *d. priuileg. 2. vers. Hoc autem.*

320 Probatur primò, quia non minùs, imò magis priuilegiatum est testamentum ad piam causam quàm inter liberos, vt cum Bartholo *in l. 1. num. 47. Cod. de Sacros. Eccles.* & alijs resoluunt Couar. *in d. cap. Relatum, num. 10. vers. Ego à priori,* & Menoch. *d. cons. 224. num. 29.* vel saltem receptius & æquius est, vt concessa pro testamento inter liberos seruentur in testamento ad pias causas, vt videre est apud Tiraq. toto fere *tract. de Causa pia* Couar. *in d. cap. Relatum, num. 12.* & Valasc. *d. num. 7.* Constat autem in testamento inter liberos non requiri, quòd aliqui testes adhibeantur, sed solùm, quòd aliqua ratione constet de illius veritate, & sufficere solam scripturam manu restatoris factam, etiam absque subscriptione, prout hæc omnia tradidimus *sect. 7. §. 5. numer. 189.* & constant *per text. in l. vlt. Cod Famil. ercifcund. & Authent. Quod sine, Cod. de Testament. & in Auth. Si modo, Cod. Famil. ercifcundæ.*

321 Probatur secundò, quia *in d. cap. Relatum 1. de Testament.* absolutè voluit Summus Pontifex, vt in relictis pijs non esset necessaria solemnitas juris Ciuilis; & neque in eo cap. neque alibi certam aliquam postulauit solemnitatem, sed solùm dixit, non esse necessarios nisi duos, aut tres testes, ad hoc vt de veritate testamenti constare posset, juxta illud Christi Domini, *In ore duorum, vel trium &c.* satis per hoc declarans non postulari hunc numerum testium tanquam necessarium ad ualorem testamenti, sed solùm ad probationem, quando aliter de illius ueritate constare non posset.

322 Ex his patet responsio ad fundamenta contrariæ sententiæ. Ad primum satis ex proximè dictis constat in illo *cap. Relatum,* non præscribi illum modum testium tanquam formam, sed tanquam sufficientem ad probandam veritatem testamenti. Ad secundum respondetur priuilegium causæ piæ quoad vltimas voluntates esse generale, & consistere in hoc, quòd vt relicta pia sint valida, satis est seruari in eis quod secundùm jus naturale, & diuinum ad valorem cujusque dispositionis necessarium est, vt apertè constat *ex dict. cap. Relatum,* & ideo cùm jure naturali, & diuino non sint necessarij testes ad valorem dispositionis, sed solùm ad probationem, quando aliàs de veritate non constat, non oportet ostendi speciale priuilegium, quo talia relicta à necessitate testium eximantur. Ad tertium respondetur ex Valasco *d. cons. 67. fine,* non semper legatum libertatis esse pium, sed solùm quando libertas legatur ex causa pietatis, & in bonum propriæ animæ; textum autem *in dict. §. Nos igitur* (vbi ad legatum libertatis requiritur, quod fiat coram testibus) non procedere quando libertas relinquitur intuitu pietatis, sed quando ob aliam causam, vt ob affectionem, vel remunerationem.

Dubitari præterea solet, an sustineatur testamentum imperfectum ad pias causas, quod testator perficere parabat, morte autem, vel alio impedimento præuentus perficere non potuit? In qua quæstione plures casus distinguendi sunt.

Primus casus est, quando tale testamentum solùm mansit imperfectum 323 quoad solemnitatem, vt cùm factâ jam integrâ bonorum dispositione, testaror mortuus est, aut sensum amisit antequam testamentum per testes subscriberetur, & fieret solemne. In hoc euentu conueniunt Doctores, tale testamentum valere atque impleri debere, si modo sufficienter constet de illius veritate, veluti per duos, aut tres testes idoneos juxta *dict. cap. Relatum 1.* Qua de re videndus est præ alijs Menchaca *de Success. creat. lib. 3. §. 22. numer. 1. & 6. vers. Quid dicendum.* Ratio patet ex dictis, quia in testamento ad pias causas non est necessaria vlla solemnitas jure Ciuili inducta, sed solùm quod jure naturali & diuino postulatur: vbi autem testator suam voluntatem plenè declarauit, & sufficienter de illa constat,

nihil aliud jure naturali requiritur, vt talis voluntas valeat & seruari debeat; atque adeò nihil prædicto testamento officit quòd manserit imperfectum quoad solemnitatem legum.

324 Secundus casus est, quando testamentum mansit imperfectum quoad voluntatem; quia nimirum testator, dum vellet vlteriùs disponere, morte fuit impeditus ne dispositionem absolueret. In hoc casu multi sentiunt, tale testamentum etiam quoad piè disposita non valere. Ita Menchaca *dict.* §. 22. *sub num.* 6. *vers. Secundus casus, & num.* 7. vbi infert, si testator jusserit fieri Ecclesiam certo modo, & cùm vltra vellet procedere, decessit antequam testamentum perficeret, non valere tale testamentum, etiam quoad illam piam dispositionem. Idem tenent Jul. Clar. §. *Testamentum, q.* 7. *numer* 4. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.* 18. Valasc. *consl.* 74. *num.* 14. August. Barbos. *lib.* 3. *Iuris Eccles. cap.* 27. *num.* 69. & alij quos referunt, quibus adde Baldum, Paul. Castrens. & plures alios, quos citat Menoch. *d. consl.* 224. *num.* 37.

Ducuntur hi Auctores primò, quia
325 testamentum inter liberos, quantumuis valde priuilegiatum, si hac ratione imperfectum sit, non valet, vt tradit Glossa, & Barthol. *in l. Si is qui testamentum, ff. de Testament.* & alij quos citauimus, & sequuti sumus *sect.* 7. §. 5. *num.* 208. Secundò, quia *in d. l. Si is qui testamentum, & l. Ex eo, ff. de Testament. & l. Furiosum, Cod. Qui testament. facere possunt*; sancitum est, vt testamentum, quod constat mansisse imperfectum quoad voluntatem, pro infecto habeatur. Tertiò, quia testamentum dicto modo imperfectum non probat sufficienter voluntatem testatoris. Nam cùm is vellet vlteriùs progredi, fortè aliquem modum aut conditionem ijs, quæ jam disposuerat, adhibere intendebat: vnde si nihilominus tale testamentum quoad in eo disposita censeatur perfectum, & vt tale sustineatur, periculum est ne hoc ipso contra voluntatem testatoris veniatur. Quam obrem satius visum est, vt ejusmodi testamenta simpliciter habeantur pro infectis; quemadmodum in præcitatis juribus cauetur.

Contraria nihilominus sententia, quod videlicet illud testamentum valeat quoad piè in eo disposita, est communior. 326
Eam tenent Barthol. *in l. In testamento, ff. de Fideicommissar. libertatib.* Bald. sibi contrarius *in l. In jure, Cod. de Manumiss. testam.* Imola, Alex. Socinus, & multi alij, quos citat & sequitur Tiraq. *tractat. de Causa pia, priuileg.* 7. vbi *in vers. Tu tamen*, ait, hanc opinionem esse magis receptam. Eandem tenent Couar. *in dict. cap. Relatum*, 1. *num.* 10. *de Testament.* Decius dicens esse communem *consl.* 159. *column. vltim.* & Menochius plures referens *in d. consl.* 224. *numer.* 24. Ex Theologis Molin. *disp.* 134. *numer.* 9. Vazq. *de Testament. cap.* 2. *fine, & cap.* 3. *numer.* 12. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 7. *numer.* 5. Lugo *tom.* 2. *de Iustit. disput.* 22. *sect.* 9. *n.* 276. & cum alijs Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 19. Probatur primò, argumento *d. l. In testamento, ff. de Fideicommissar. libertatib.* vbi habetur debere impleri à filijs legatum libertatis, quod pater reliquit in testamento quoad voluntatem imperfecto, valet enim argumentum à libertate ad causam piam, & illius fauor ad hanc extenditur, vt Doctores communiter admittunt.

Probatur secundò, quia dictum testamentum solùm est imperfectum in ea 327
ratione voluntatis quoad ea, de quibus testator disponere volebat, non autem quoad piè in eo disposita, respectu quorum expressè continet, & declarat testatoris voluntatem, nihil obstante quòd is aliquid circa illa forsan additurus, aut mutaturus esset, si testamentum perficeret; cùm etiam post testamentum absolutum id efficere posset, & fortè effecturus esset, si diutiùs vixisset; quod tamen non obstat quominus in omni sententia testamentum semel habitum pro absoluto sit perfectum, & valeat quoad in ipso disposita. Et licèt, quando testamentum non

non fuit absolutum, aliqua maior ratio ambigendi appareat, num testator aliquam declarationem facturus esset vel facere intenderet circa dispofita in eo, priusquam illud absolueret; in tali dubio, quod certè leuissimum est, prævalere debet fauor piæ causæ, vt potiùs judicetur, testatorem nihil fuisse additurum, vel declaraturum in diminutionem piorum relictorum; quia in ambiguis fauendum est piæ causæ, ac pro ea pronuntiandum, vt probat *l. Sunt personæ, ff. de Religios. & sumptib. funer.* & tradunt relatis alijs Tiraquel. *de Causa pia, priuileg.* 127. & Menoch. *d. consil.* 224. *numer.* 33.

328 Hæc sententia nobis videtur longè verior, præcipuè quando in testamento jam erat facta hæredis institutio, in qua principaliter consistit essentia testamenti. Si autem quæras, an quando post causam piam hæredem institutam testator decessit, cùm adhuc vellet relinquere aliqua legata, danda sit integra hæreditas piæ causæ institutæ? Negant aliqui existimantes detrahendum illi esse, quantum verosimile est, testatorem alijs personis legare voluisse. At oppositum meritò docet Lugo *dict. disput.* 22. *sub numer.* 277. quia ex quo testator nihil re ipsa legauit, vel non ita legauit vt legatum debeatur, totum cedit hæredi, tam ex juris dispositione, quàm etiam ex præsumpta voluntate testatoris, qui eo ipso quòd aliquem hæredem nominauit, ac præsertim si nominauit causam piam, censetur voluisse vt ad talem hæredem pertinerent etiam illa bona, quæ alijs legare volebat, re ipsa tamen propter impotentiam non legauit.

329 Prædictis non obstant fundamenta pro priori sententiâ adducta. Ad primum respondent facilè Couar. *in dict. cap. Relatum, numer.* 10. & Menoch. *supra, numer.* 29. testamentum ad piam causam esse magis priuilegiatum, quàm inter liberos. Quod etiam Bartholus, & alij apud citatos Doctores tradiderunt. Ratio verò hujus discriminis est, quia testamentum inter liberos subjicitur dispositioni juris Ciuilis, in quo nullibi reperitur exemptum à communibus legibus, quibus testamenta quoad voluntatem imperfecta annullantur. At verò testamenta ad pias causas sunt prorsus exempta à dispositione legum Ciuilium, & solum subjiciuntur potestati Ecclesiæ, quæ voluit vt talia testamenta valerent cum sola solemnitate, quæ jure naturali & diuino necessaria est, vt ex supradictis constat. Unde etiam patet responsio ad secundum, ad quod dicimus leges illas non habere locum in testamentis ad pias causas, sed tantùm ad profanas.

Ad tertium respondetur, negando, non probari sufficienter voluntatem testatoris per illud testamentum quoad piè in illo disposita. Nam quod testator fortè intentionem habebat aliquid circa ea moderandi, non tollit quominus quoad illa debeat testamentum haberi pro perfecto; quia cùm de tali testatoris intentione non constet, judicandum potiùs est in fauorem piæ causæ, eum nihil tale intendisse. Neque hîc habenda est ratio aliqualis periculi, quod fortè implendo illud testamentum quoad disposita in illo contrauenietur in aliquo voluntati defuncti; siquidem multò maius periculum est, quòd contrauenietur illius voluntati, si testamentum omnino habeatur pro infecto; cùm constet testatorem voluisse vt aliquo modo valerent, quæ in eo disposuit. 330

Limitanda verò est prædicta secunda sententia, vt non procedat in testamento, vbi testator piæ dispositioni in eo factæ adjecit, eam esse intelligendam cum conditionibus à se infra declarandis, morte autem præuentus testamentum non absoluit, eâque de causa illas conditiones non declarauit; tunc enim ait bene Menchaca *supra, dict. vers. Secundus casus*, indubitanter tale testamentum non valere; cùm non aliter voluerit testator vt illa dispositio valeret, nisi cum illis conditionibus, quæ autem cùm prorsus ignorentur, minimè seruari possint. Et præterea, quia in eo euentu, 331

Y 3 etiam

etiam illa pia dispositio est simpliciter imperfecta quoad voluntatem, atque adeó nulla etiam de jure naturali.

332 Tertius casus est, quando testator omnem suam voluntatem, verbo aut scripto declarauit, subjunxit autem, velle se vt per notarium vel alium scriptorem, apto & solito modo illa sua voluntas scriberetur, ac solemniter juxta illam conficeretur testamentum: interim tamen dum talis scriptor, & testes ad solemnitatem necessarij vocarentur, ipse testator decessit. In hoc euentu communissima sententia est, illam voluntatis declarationem etiam ad pias causas non habere vim testamenti, aut dispositionis perfectæ & validæ, quæ post mortem testatoris impleri debeat. Ita Oldradus *cons.* 119. quem sequuti sunt Joannes Andreas, Iason, Castrens. Decius, Parisius, & multi alij, quos refert Menoch. *d. cons.* 124. Ita etiam relatis multis Couar. *in d. cap. Relatum*, 1. *de Testament. num* 9. Gama *decis.* 221. *n.* 2. *vers. His tamen non obstantibus*, Mol. *d. disp.* 134. *num.* 9. Sanch. *lib.* 4 *Opusc. c.* 1. *dub.* 7. *num.* 5. Lugo *d. disp* 22. *num.* 276. Fundamentum hujus opinionis est, quia per illam declarationem solùm enuntiauit testator, qua ratione disponere volebat de suis bonis, re ipsa autem non disposuit: & sic nec testamentum, nec codicillum condidit, mansitque illa declaratio tanquam nudum propositum testandi, quod ad executionem perductum non est, & fuit tantùm quædam præparatio ad actum testandi, quæ secluso tali actu, nec testamenti nec codicilli vim habet, vt expressè habetur *l. Fideicommissa, in princ. ff. de Legat.* 3. ibi. *Quoties quis exemplum testamenti præparat, & prius decedit, quàm testetur, non valent quasi ex codicillis, quæ in exemplum scripta sunt.*

333 Oppositum nihilominus sentit cum alijs Menchaca *lib.* 3. *de Successs. creat.* §. 22. *sub num.* 6. *vers. Quid dicendum*, vbi ponens quod testator, qui volebat facere testamentum Nuncupatiuum, illud ordinauit in quadam schedula, & jussit accersiri testes, & tabellionem vt coram eis ea, quæ in schedula scripta erant, recitarentur, sed morte præuentus fuit antequam illi accederent, dicit magis tunc esse, vt testamentum valeat tam inter liberos, quàm ad pias causas, si per confessionem partium, vel aliàs legitimè probetur, quod ea erat voluntas testatoris. Quæ sententia mihi etiam videtur satis probabilis eâ ratione, quam idem Menchaca tetigit, quia vbi testator semel declarauit suam voluntatem non debet censeri jussisse accersiri tabellionem, & testes ad perficiendum testamentum quoad voluntatem, sed quoad solemnitatem, & gratiâ probationis; ad quod solùm tabellio, & testes necessarij sunt: quare illa declaratio voluntatis testatoris continet testamentum simpliciter perfectum quoad voluntatem, & solùm imperfectum quoad solemnitatem; quæ imperfectio non tollit quominus testamentum valeat inter liberos, & ad pias causas vt ex supradictis constat. Quod bene confirmatur *ex l. vlt. C. Familiæ ercisc.* vbi habetur, seruari debere voluntatem defuncti inter liberos, quacumque ratione de illa constet, ibi: *Siue cæptum neque impletum testamentum* (scilicet quoad solemnitatem, vt Glossa ibi exponit) *vel codicillus, seu epistola parentis esse memoretur, siue quocumq; alio modo scripturæ, quibuscumque verbis, vel indicijs inueniantur relictæ.* Idem autem à fortiori est in voluntate ad pias causas, quæ est magis priuilegiata, quàm inter liberos.

Nota verò hanc sententiam non procedere, quando defunctus solùm declarauit suam voluntatem, vtendo his, aut similibus verbis: *Volo instituere hæredem talem, aut talem personam, legare talem, aut talem rem tali personæ, &c.* significando tantùm qua ratione volebat disponere; cùm ejusmodi verba non contineant actualem dispositionem, sed solùm enuntient, quam defunctus facere volebat in præsentia testium, & notarij, quos accersiri jusserat: in quo euentu verissima est prima sententia, vt illius fundamentum probat; sed procedere tantùm, quando testator suam voluntatem declarauit, vtendo verbis dispositiuis, & immediatè direc- 334

directis ad transferenda bona in personas nominatas, vt dicendo: *Relinquo mea bona tali monasterio: nomino talem Ecclesiam hæredem bonorum meorum: talis Ecclesia sit mea hæres: lego pauperibus tot aureos*; & his similibus actualem dispositionem significantibus.

335 Sic intellectâ hac secunda sententia, facilè respondetur ad fundamentum primæ, dicendo, testatorem in casu proposito non intelligi solùm enuntiasse, qua ratione disponere volebat; sed verè, quantum in se erat, actualiter disposuisse, juxta proprium sensum verborum quibus suam voluntatem declarauit: cujus oppositum non benè colligitur ex eo, quòd factâ dictâ declaratione voluntatis jusserit accersiri testes & notarium, maximè instante periculo moriendi, antequam illi aduenirent: cùm eorum præsentia, & auctoritas non esset per se necessaria ad actum voluntatis dispositiuæ, sed tantùm ad ejus solemnitatem; & testator non solùm potuerit, sed etiam prudenter debuerit velle, vt illa suę voluntatis declaratio esset verus actus testandi & disponendi, ne se exponeret periculo moriendi sine testamento.

336 Jam verò, quando testator suam voluntatem ad causas pias scripsit, testibus & notario non adhibitis, & non constat quòd in animo haberet illos accersere ad ordinandum, vel perficiendum solemniter testamentum in eorum præsentia, sed tantùm de hoc dubitatur; tunc retentâ etiam primâ sententiâ, sustinenda est illa scriptura voluntatis defuncti, tanquam verum & perfectum testamentum. Hanc resolutionem latè probat Menoch. *d. cons. 224. à num. 13.* vbi consultus circa casum, quo nobilis fæmina, cùm esset in propria domo, quæ ob pestem erat sequestrata, scripsit schedulam in qua hæredem suorum bonorum nominabat quoddam monasterium, & post paucos dies jam ab illa domo, causâ tuendæ sanitatis, egressa mortem obijt, habendo secum prædictam schedulam; de qua dubitatum fuit, an sustinenda esset tanquam legitimum testamentum fauore piæ causæ, non obstante quòd nulli in ea testes adscripti erant, nec constabat quòd testatrix noluerit vlteriùs progredi; siquidem solùm disposuerat de quadam parte suorum bonorum, nec in fine illius schedulæ erat apposita clausula, qua significaret, se habere illud suum testamentum pro absoluto, & præterea magis verosimile apparebat, testatricem scripsisse illam schedulam vt esset exemplum, quod minutam appellant, vt inde per notarium conficeretur publicum & solemne testamentum. Respondit citatus Menochius, verius, & probabilius esse voluntatem & dispositionem illius testatricis fuisse omnino perfectam, & vt talem sustinendam esse; quod multis probat argumentis.

337 Ratio autem, quę ad præsens institutum magis facit, est, quia quando non satis constat dispositionem testamenti fuisse habitam pro perfecta, & absoluta, sed de eo dubitatur, eoquod non satis appareat testatorem noluisse vlteriùs progredi, siue ad disponendum de aliquibus bonis, siue ad vocandum notarium, & testes, vt fieret testamentum solemne, talis dispositio pręsumitur de jure quòd sit perfecta, vt à contrario sensu probat textus *in l. Siquis. cum testamentum, ff. de Testament.* ibi: *Si constaret voluisse plures eum hæredes pronuntiare*; & ibidem in specie annotarunt Bald. & Imola, idemque tradunt multi alij, quos refert, & sequitur Menoch. *supra, num. 16. & 40.* Quibus addo Ant. Gom. *l. 3. Taur. num. 18.* Sanch. *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 9.* & Lugo *d. disp. 22. num. 277.* Maximè verò procedit dicta præsumptio, quando constat testatorem superuixisse aliquot dies post suam voluntatem dicto modo scriptam; quia tunc etiam admisso quòd tempore, quo eam scripsit, in animo haberet aliqua alia legata facere, vel adjicere conditionem, aut modum jam dispositis, eo ipso quòd superuixit, & nihil egit cùm posset, non dicitur imperfectè disposuisse: nam si fortè aliquid agere destinabat, videtur talis destinationis eum pœnituisse; atque ita cum dispositione antea facta decedere voluisse. Quod bene ex

ex Jure, & Doctoribus prosequitur Menoch *supra, num.* 20.

§. 4. *Ponuntur nonnulla consectaria praecedentis doctrinae.*

SUMMARIUM.

Nulla prorsus solemnitas juris Ciuilis necessaria est in testamento ad pias causas, sed sufficit, & seruari debet nuda voluntas defuncti, de qua certò constet; idque tam in foro Ecclesiastico, quam Saeculari; n. 338.

Valet testamentum ad pias causas solo nutu factum; num. 339.

Sufficit testamentum non solemne ad pias causas ad reuocandum prius testamentum solemne, etiam ad pias causas conditum; num. 340.

Testamentum ad pias causas valet, licèt nullus in eo haeres instituatur; n. 341.

Si pater praetereat filium in testamento quopiam causam instituit, non redditur inde nulla ea institutio; quanuis semper aliàs sit irrita; ibid.

Quanuis dispositio vltimae voluntatis collata in alterius voluntatem regulariter sit nulla, id tamen fallit si sit ad pias causas; num. 342. *Limitant aliqui, vt id non procedat si dispositio conferatur in liberam voluntatem alterius; num.* 343. *Haec tamen limitatio rejicitur; num.* 344.

Quando testator absolutè dixisset, Committo omnia mea bona dispositioni Titij; censetur Titius institutus haeres cum onere distribuendi bona testatoris in pias causas; num. 345.

Vtrum testamentum non solemne caeci, vel qui notoriè decessit in pecato mortali, valeat ad pias causas? num. 346. *remissiuè.*

338 Ex omnibus praedictis constat, nullam prorsus solemnitatem juris Ciuilis necessariam esse in testamento ad pias causas, sed sufficere & seruari debere nudam voluntatem defuncti, quacumque ratione certò de illa constet; idque non solùm in foro Ecclesiastico, sed etiam in Saeculari, vt ex communi sententia, & praxi vtriusque fori aduertit Gama *decis.* 81 *sub num.* 4. & Molin. *d. disp.* 134. *num.* 4. & patet *ex d. cap. Relatum*, 1. *de de Testament.* vbi Summus Pontifex, cujus potestati omnes piae dispositiones plenè subjiciuntur, nihil aliud ad earum valorem & probationem requiri voluit, quàm quòd de jure naturali, & gentium necessarium est. Id quod inde etiam ab aliquibus comprobatur; quia relinquens aliquid ad pias causas, seu pro amore Dei, & in bonum animae suae, ducitur spiritu Dei: qui autem spiritu Dei ducuntur, publicis legibus non constringuntur, *cap. Duae*, 19 *q.* 2. *& cap. Licèt, de Regular.*

Vnde colliges primò, valere testamentum ad pias causas etiam solo nutu factum, vt tradunt Tiraquel. *de Pia causa, priuileg.* 8. *& in l. Si vnquam, verbo, Donatione largitus, num.* 316. Menchaca *de Success. creat. lib.* 3 *§.* 22. *n.* 15. Iul. Clar. *§. Testamentum, q.* 6. Anton. Gom. *ad l.* 3. *Tauri, num.* 110. Gama *decis.* 81. *num.* 3. Molin *disp.* 134 *num.* 8. & caeteri communiter, cum Glossa *in cap. Cùm tibi*, vbi etiam Couar. *n.* 6. *de Testament* Diana plures referens *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 21. 339

Colliges secundò sufficere testamentum non solemne ad pias causas ad reuocandum prius testamentum solemne, etiam ad pias causas conditum Ita cum Bartholo, Baldo & alijs, Syluester, *verbo, Testamentum*, 1. *q.* 7. *vers. Quartum.* Tiraquel. *de Pia causa, priuileg.* 2. Mantic. *de Conject. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 3. *fine*, Lugo *d. disp.* 22. *num.* 270. Diana *loco supra, citat. resol.* 26. Patet, quia primum testamentum, quanuis solemnissimum tollitur necessariò per secundum validũ, seu cui nihil deest quominus validum sit, vt latè in simili testamento inter liberos declarauimus *sect.* 7. *§.* 5. *numer.* 203. *& seq.* testamento autem non solemni ad pias causas nihil officit defectus solemnitatis quominus ualidum sit, vt ex dictis constat; & sic per illud necessariò reuocatur quodlibet aliud prius testamentum, quanuis solemne etiam ad pias causas, etsi 340

nemo

nemo possit decedere cum duobus testamentis validis, secluso priuilegio militari, de quo *in l. Quærebatur, ff. de Milit. testam.*

341 Colliges tertiò, testamentum ad pias causas valere, licèt nullus in eo hæres instituatur. Sic Tiraquel. cum Bartholo, & alijs *d. tract. de Pia causa, priuileg.* 15. Jul. Clar. *§. Testamentum, q.6. numer.*8. Molin. *d. disput.*134. *num.* 3. Lessius *lib.* 2. *de Iustit. cap.*19. *dub.*2. *numer.* 8. Lugo *supra, num.*271. Diana *vbi supra resol.*21. & cæteri communiter: Ratio est, quia institutio hæredis est solemnitas jure Ciuili inducta *l. penult. vers. Calphurnius, ff de His, quæ in testamento delentur, l. vltim. ff. de Iure Codicil. §. Inprimis igitur, Inst. de Fideicommissar. hæredstatib.* testamentum autem ad pias causas valet cum sola solemnitate juris naturalis & gentium, secundum quod hæredis institutio necessaria non est. Vnde subinfertur, quanuis secundùm jus commune non valeat testamentum patris, in quo vel vnus tantùm liberorum non instituitur, licèt aliquo alio titulo ei legitima relinquatur, per text. *in §. Aliud quoque capitulum, & §. Hæc autem disposuimus, Auth. Vt cum de appellatione cognoscitur, collat.*8. attamen hoc fallit, si in tali testamento instituatur pia causa. Ita Barthol. *in repet.* 1. *l. Cod. de Sacros. Eccles. num.*62. Julius Clar. *d. q.6. num.*8. Tiraq. *de Pia causa, priuileg.*14. Bened. Ægyd. *in d. l.*1. *Cod. de Sacros. Eccles. initio, num.* 20. & alij communiter, quanuis nonnulli oppositum senserint. Probatur, quia quòd aliquid relinquatur filio titulo institutionis, est mera solemnitas juris Ciuilis ad honorem filiorum inducta: in testamento autem ad pias causas ejusmodi solemnitates non attenduntur, vt ex dictis constat.

342 Colliges quartò, licèt vltimæ voluntatis dispositio in alterius voluntatem collata, regulariter sit nulla (qua de re latè Couar. & Mol. statim citandi, nosque suo loco agemus) attamen valere, si sit ad pias causas. Sic relatis multis Tiraq. *de Pia causa, priuileg.*64. Iulius Clar. *§. Testamentum, q.6. num.*5. Couar. *in cap. Cum tibi, de Testament. num.* 12. Molin. *disp.* 157. *num.*8. Augus. Barbos. *lib.* 3. *Iuris Eccles. cap.*27. *num.*73. Diana *tom.*7. *tractat.*6. *resol.*20. & cætri communiter per *d. cap. Cum tibi,* quatenus in eo dicitur, nō videri discedere intestatum, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, vbi licèt non fiat mentio piæ causæ, tamen de sola voluntate ad pias causas communiter intelligitur, non solùm quoad legata vt aliqui voluerunt, sed etiam quoad hæredis institutionem, vt cum Bartholo & alijs notat Couar *d. num.*12. ea ratione, quia quòd vltima dispositio in alterius voluntatem conferri non possit, nimio juris Ciuilis rigori & subrilitati innititur: dispositiones autem testantium ad pias causas ab ejusmodi subtilitatibus sunt immunes. Neque huic resolutioni refragatur text. *in l. Fideicommissaria,* 3. *vers. Quod si ita, ff. de Fideicommissar. libertat.* vbi habetur, legatum libertatis scriptum sub hac conditione, *si hæres voluerit,* non valere. Est enim hoc intelligendum juxta Decium *in l. Captatorias, columnn. vlt. ff. de Hæred. instit.* procedere in libertate legata absque intuitu pietatis, quæ ad animæ salutem conducit: in quo euentu non est legatum pium: non ita verò quando talis pietatis intuitu relinqueretur.

Traditam verò resolutionem limitat 343
cum alijs Couar. *supra, num.*10. *& sub d. num.*12. *vers. Non obstat,* vt non procedat quando testatoris dispositio conferretur in liberam alterius voluntatem, vt quando testator dixisset, Relinquo mea bona tali Ecclesiæ, si Titio libuerit: vel lego centum aureos pro quadam puella maritanda, si meus hæres id liberè voluerit. Et ita Barthol. Alex. Jason, & alij quos citat & sequitur Couar. *d. num.* 10. asserunt, cùm *in d. cap. Cùm tibi, de Testament.* dicitur, videri decedere testatus qui vltimam suam voluntatem committit dispositioni alterius, id intelligi quando testator vteretur verbis denotantibus dispositionem arbitrio boni viri faciendam: secus autem denotantibus liberam alte-

alterius voluntatem. Addit autem idem Couar. *d.vers. Non obstat*, quando non omnino constaret, quòd pia testatoris dispositio fuit collata in liberam & absolutam alterius voluntatem, sed dubium de hoc esset, censendum tunc esse, quòd fuerit collata in arbitrium alterius, & sic valere juxta communem regulam, quòd legatum etiam profanum collatum in alterius arbitrium, & sic judicio boni viri subjectum, validum est: vt quando testator diceret, *Relinquo tale legatum, si hæres meus comprobauerit, vel si illi videbitur*, per *l. Si sic, ff. de Legat.* 1. *cùm similibus*. Cęterùm ne pijs legatis nihil amplius quàm profanis tribuatur, subdit idem Couar. hanc distinctionem. Vt legatum non pium collatum simpliciter in alterius voluntatem, intelligatur collatum in liberam voluntatem, & sic non valeat: in legato autem pio eodem modo relicto, voluntas accipiatur pro arbitrio, fauore piæ causæ, & sic valeat. Qua ratione non ineptè conciliari possent Doctores, qui contrariè hac de re scribunt, vt scilicet qui dicunt valere vltimam dispositionem ad pias causas in alterius voluntatem collatam, accipiant voluntatem pro arbitrio: qui autem dicunt non valere, voluntatem accipiant pro voluntate omnino libera.

Ego verò absolutè teneo, valere vlti-
344 mam dispositionem ad pias causas, licèt sit collata in liberam alterius voluntatem, quemadmodum expresse docet Molin. *d disp.* 157. *num.* 8. & videtur esse communis sententia, vt fatetur Ægyd. *in l.* 1. *C. de Sacros. Eccles. p.* 6. §. 1. *num.* 23. quamuis more suo illam non approbet: addit tamen non esse ab ea recedendum in judicando. Moueor, quia ejusmodi dispositio non est inita de jure naturali, vel gentium: quemadmodum enim secundùm hoc jus tibi possem aliquid donare sub conditione, *Si Titius id ratum habuerit*: ita etiam sub eadem conditione, tibi possem mea bona relinquere, tam titulo institutionis, quàm legati. Constat autem ex supradictis ad validam dispositionem ad pias causas sufficere, quæ de jure naturali, vel gentium necessaria sunt.

Illud etiam hic ad notandum ex Julio 345
Clar. *d q.* 6. *num.* 6. Couar. *in d. cap. Cùm tibi, num.* 10. & alijs quos referunt, quando testator absolute dixisset, *Committo omnia mea bona dispositioni Titij*, censeri Titium institutum hæredem, vt testatoris bona in pias causas distribuat, perinde acsi expresse grauatus esset illa restituere piæ causæ; sic enim communiter intelligitur *d. cap. Cùm tibi de Testam.*

Vtrùm testamentum cæci ad pias cau- 346
sas valeat absque solemnitatibus, quæ pro cæcorum testamentis jure Ciuili præscribuntur? Vide supra *sect.* 7. §. 7. *num.* 218. Item an valeat testamentum non solemne ad pias causas hominis, qui notoriè decessit in peccato mortali? vide hac ipsa *sect.* §. 1. *num.* 269. *juncto num.* 281.

§. 5. *An dictum priuilegium testamenti ad pias causas (quod scilicet valeat absque juris solemnitatibus) extendatur ad legata, & fideicommissa.*

SVMMARIVM.

Vtrum quando valet testamentum non solemne, eo quod sit ad pias causas, valeant etiam legata & fideicommissa non pia in eo contenta? Prima sententia affirmat, numer 347. *Secunda verò negat; num.* 348. *& seq. Hæc secunda judicatur verior de rigore juris: at prima vt communior, & benignior sustinenda; num.* 350. *Soluuntur fundamenta secundæ sententiæ; eod. num.* 350. *& seq.*

Si in testamento non solemni instituatur causa pia; & simul causa seu persona profana, non valet tale testamentum quoad causam profanam; num. 351. *fine. Vtrum in tali euentu accrescat causæ piæ portio hæreditatis relicta ad causam profanam? num.* 352.

Vtrum stando in secunda sententia tradita; num. 348. *legata profana relicta inutiliter in testamento non solemni ad piam causam, accrescant piæ causæ vtiliter institutæ? Arguitur pro parte*

QVanuis propria legatorum,& fideicommissorum doctrina in peculiarem tractationem reseruata sit; attamen præsens quæstio hoc loci prætermitti non potuit: quia est affinis ijs quæ proximè circa testamenta constituta sunt, nec separatim à Doctoribus tradi solet.

Primò igitur circa propositam quæstionem dubitatur, vtrum quando juxta prædictum priuilegium validum est testamentum non solemne ad pias causas, valeant etiam legata non pia in eo relicta? Affirmatiuam partem tuentur Anton. *in cap. Quod clericis, columnn.6. num. 10. de Foro competenti*, Salicetus *in Auth. Cassa & irrita,num.7.Cod de Sacros.Eccles.* Iulius Clar. *§.Testamentum,q.6.fine.*Couar. *in cap. Relatum*, 1. *num.* 2. *de Testament.* 347

ment. Emmanuel à Costa *in cap. Si pater p.1.verbo, In suo testamento,num.*12. & communis vt per Tiraquel. *tract. de Causa pia,priuileg.*80.*in princip.* Valasc. *consult.*145.*num.*6. Molin. *disp.*134. *numer.*2. Less. *lib.* 2. *de Iust. cap.* 19. *dub.*2. *sub num.*9. Sanch.*lib* 4.*Opusc.cap.*1. *dub.* 7.*num.*2. August.Barbos. *lib* 3. *Iuris Eccles.cap.*27.*num.*96.Diana plures referens *tom.*7.*tract.* 6. *resol.* 4. & alij apud Menchac. *lib.*3.*de Success.creat.§.*22.*num.*11. Probatur, quia legata sunt accessoria tali testamento, quod ex priuilegio ita est validum & firmum, ac si conditum esset cum omnibus solemnitatibus juris: accessorium autem sequitur principale, ex regula, *Accessorium, de Regul.juris, in 6.* & in omni dispositione, vt plurimùm attenditur id quod est principale *l. Quaeritur,* 10.*ff.de Statu hominis, & l.* 1. ibi: *Prima ratio,ff.de Author.tutorum.*Hanc verò resolutionem meritò intelligit Mol. *supra,* vt solùm procedat, quando testator etiam ad causam non piam testari poterat. Unde si in testamento filijfamilias, qui de consensu patris solùm ad causas pias testari potest, admisceantur legata non pia, talia legata non valent ob defectum potestatis in testatore. Quod aliter juxta traditam sententiam dicendum esset, si solùm interueniret defectus solemnitatis.

348 Negatiuam nihilominus partem magis probant Jason *in l. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, num.* 10 *cap. de Testam.* quamuis ibi fateatur neminem se vidisse à priori sententia dissentientem: Menchaca alios referens *d. num.* 11. *fine.* Ægyd. *in l.*1.*Cod de Sacros. Eccles.*3.*p.initio,numer.* 8. Vazq. plures referens *Opusc. de Testam.cap.*3.*dub.*1. *num.* 13. & Lugo *de Iust.disp* 22.*num.*274.in quam etiam videtur deflexisse Jul.Clar. *d.q.*6.*fine.* Ducuntur primò, quia omnis voluntas, quæ non est ad pias causas, subjicitur legibus Ciuilibus, atque ab eis irritatur quæcunque caret solemnitate eisdem legibus præscriptâ, nisi aliquo jure sit priuilegiata, vt sine tali solemnitate valere possit: legatis autem non pijs relictis in testamento principaliter condito ad pias causas nullibi tale priuilegium reperitur concessum: ergo irrita censenda sunt. Nam priuilegium etiam in materia valde aliàs fauorabili & priuilegiatâ non admittitur, nisi ostendatur, vt probat textus *in l. In fraudem, §. vltim. ff. de Militari testament.*

Ducuntur secundò argumento textûs 349
in d.§.Ex imperfecto, vbi cùm valeat testamentum non solemne inter liberos, tamen si in eo admisceatur persona extranea, dicitur quoad illam non valere. Et hinc respondent ad fundamentum contrariæ sententiæ, negando procedere in præsenti materia regulam, *Accessorium.* Siquidem legata, quæ in dicto testamento non solemni inter liberos personis extraneis relinquuntur accessoria sunt respectu talis testamenti, & tamen cùm ipsum testamentum validum sit, illa nihilominus sunt inualida, per d. textum. Unde rem magis explicando ait Lugo dictâ regulam. *Accessorium,* non procedere quando est diuersa, & contraria ratio in accessorio, prout in præsenti casu, vbi principale est ad pias causas, & accessorium ad non pias.

Hęc posterior sententia verior videtur de rigore juris. Cæterùm prior, quia 350
communior, ac benignior sustinenda est. Et ad primum fundamentum posterioris dicendum, eo ipso quòd testamentum ad pias causas priuilegiatum est, vt valeat cum sola solemnitate juris gentium, vel naturalis, eam solemnitatem sufficere vt perinde sit firmum ac validum,ac si esset conditum cum omnibus solemnitatibus juris Ciuilis; atque adeo vt etiam valeant legata, & fideicommissa profana in eo accessoriè relicta, ac si relicta essent in testamento cum omnibus illis solemnitatibus facto; neque opus esse aliquo peculiari priuilegio vt à communibus regulis profanorum relictorum exciperentur Quod amplius declaro, & confirmo ex traditis, *sect.*2.*num.*29 *& seq.* quoad legata & fideicommissa, quibus defunctus grauauit eum, ad quem ejus bona ex testamento, vel ab intestato peruenerunt. Nam vt ibi cum

cum Iulio Clar. Lugo, & alijs docuimus, solemnitates legum non reperiuntur in illis legatis, & fideicommissis ad eorum valorem, sed solùm ad probationem in foro externo: quando autem relinquuntur in testamento non solemni, quod ex priuilegio habet vt sit validum, & in foro etiam externo probari possit, quale est testamentum ad pias causas, eo ipso ex tali priuilegio habent vt in eodem etiam foro admittantur, & probari possint, non obstante solemnitatis defectu; quia testamenta non probantur per partes, sed indiuisibiliter quoad omnes partes simul: cùm ipsius etiam testamenti factio indiuisibilis sit, & totum coram eisdem testibus simul confici debeat, nisi aliqua superueniens necessitas id impediat *l. Hæredes palam, §. finali, juncta Glossa* ibi: *ff. de Testament. l. Casus, & l. Cum antiquitas, Cod. eodem tit.* Quæ leges etiam in testamentis ad pias causas seruari solent, & debent pro vitandis fraudibus.

351 Ad secundum respondetur facilè ex sententia Couar. & August. Barbosæ *locis citatis*, atque aliorum, qui tenent *ex d. §. Ex imperfecto* non annullari testamentum minùs solemne inter liberos quoad relicta personis extraneis titulo legati; sed solùm quoad relicta titulo institutionis, quando scilicet persona extranea simul cum liberis hæres institueretur. In qua sententia textus ille potiùs pro nobis facit, quàm pro Aduersarijs. Verùm quia *sect. 7. §. 5. num* 201. *& seq.* magis probauimus sententiam asserentem, per illum textum annullari quælibet relicta personis extraneis etiam titulo legati & fideicommissi, aliter ad propositum argumentum respondendum est. Respondeo igitur Imperatorem *in illo §. Ex imperfecto*, statuisse specialiter contra dict. regul. *Accessorium*, vt non valerent legata extraneis relicta: quod autem est speciale, ad alios casus non trahitur: quare solùm ex illo textu probatur, si in testamento non solemni simul cum causa pia instituatur causa, seu persona profana, non valere institutionem quoad talem personam, vt aduertit August. Barbosa *d. cap.* 27. *num.* 96. *fine.* Quod mihi etiam placet, quia in hoc euentu non habet locum dict. regula *Accessorium*; cùm illa institutio ad causam non piam non sit accidens, sed pars quędam substantialis, & æquè principalis illius testamenti, cujus valori quoad talem partem obstant leges Ciuiles annullantes quamlibet institutionem non solemnem ad causam non piam, quæ specialiter priuilegiata non sit.

Si autem quæras, vtrum in prædicto 352 euentu, causæ pię simul institutæ accrescat portio hæreditatis relicta ad causam non piam? Respondet affirmatiuè Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* 3 *p. initio, num.* 9. quod etiam ferè in specie tenet Baldus *in Repet. d. l.* 1. *Cod. de Sacros. Eccles. num.* 8. vbi si filiusfamilias de consensu patris testetur partim ad pias causas, & partim ad non pias, docet, portionem hæreditatis, quæ inualidè relinquitur ad causas non pias, accrescere causæ piæ, argumento textus *in dict. §. Ex imperfecto*, vbi portio hæreditatis inutiliter relicta personæ extraneæ in testamento non solemni inter liberos, ipsis liberis accrescit. Quod argumentum à fortiori militat in nostro casu, vbi solùm propter defectum solemnitatis portio hæreditatis ad causam non piam inutiliter relicta est. Nec audiendus est Raphael *citatus in Glossa marginali dictæ repetitionis Baldi lit. D.* qui ait in casu *dict. § Ex imperfecto*, relictum personæ extraneæ non accrescere liberis ex proprio jure accrescendi, sed illis remanere tanquam caducum, vt hæredibus ab intestato. Audiendus, inquam, non est, quia per hoc admitteretur posse patrem inter liberos testantem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, quod nullo jure probetur, nec à Doctoribus admitti solet, nisi in milite per *l. Si miles vnum, & l. Si duobus, ff. de Militari testam.* & fauore causæ piæ, vt videri potest apud Tiraquel. *tract. de Causa pia, priuileg.* 13.

Vtrum similiter stando in secunda 353 sententia supradicta, quòd legata profana relicta in testamento non solemni

ad pias causas sunt inualida, accrescant talia legata piæ causæ in eo testamento institutæ? Negant in simili, loquendo de legatis profanis relictis in testamento filijfamilias, qui de licentia patris testatus est ad causas pias, Baldus *loco supra citato*, Julius Clar. *§. Testamentum, q. 3. fine*, & Tiraquel. plures referens *dict. tract. de Causa pia, priuilegio* 80 *§. penult. in fine*, per textum quem appellat singularem *in l. Mulieri & Titio, ff. de Conditionib. & demonstrationibus*, vbi relictum Seyæ, & Titio sub conditione, *si Seya non nupserit*, valet quoad Seyam, etiam si illa postea nubat; non autem quoad Titium, respectu cujus illa conditio est valida, & nihilominus pars Titio relicta non accrescit Seyæ. Quod pari ratione videtur procedere in nostro casu. Nec in eo putatur inconueniens, quòd admittatur testatorem ad pias causas decedere partim testatum, & partim intestatum; quia hoc fauore causæ piæ bene fieri potest, juxta commûnem sententiam, quam relatis multis tradit Tiraquel. *supra, priuileg.* 13. contra Baldum, quem ibi refert.

354 Oppositum nihilominus non immeritò tuetur Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacrosf. Eccles. p. 3. initio, numer. 9. & sequentib.* Quod mihi sufficienter probatur *ex dict. §. Ex imperfecto*, vbi relicta personis extraneis in testamento non solemni inter liberos dicuntur esse nulla, & ipsis liberis accrescere. Qui textus procedit etiam de relictis titulo legati, vt supra contra Couar. tradidimus, & docet præter alios Tiraquel. *dict. priuileg. 80. §. penult. post medium*, licèt ille textus aliquantulùm fuerit correctus *in Auth. de Testamentis imperfectis, cap. 1. vers. Si tamen, & Auth. Quod sine, Cod. de Testamentis, vt sect. 7. §. 5. num.* 201. explicuimus. Quod tamen non tollit quominus adhuc ex illo textu valeat argumentum ad nostrum casum, circa quem nihil correctum est; quia vt bene aduertit Tiraquel. *in præfatione ad d. tract. Causæ piæ, longè post medium, vers. Quin etiam videtur, in fine*, correcta lege aliqua non censetur correcta ratio ipsius legis, quominùs ex ea argui possit.

Nec obstat *d. l. Mulieri & Titio*, quia ideo in casu illius legis pars Titio inutiliter relicta non accrescit mulieri conjunctæ aliam relicti partem capienti, quia mulier suam illam partem non capit ex voluntate testatoris, cùm is nihil ei voluerit relinquere in casu, quo illa postea nuberet, sed ex beneficio legis, quæ voluit vt illa conditio, *Non nubendi*, haberetur pro non adjecta respectu mulieris: jus autem accrescendi non habet locum, vbi quis ad legatum admittitur contra voluntatem defuncti. In nostro verò casu pia causa in minus solemni testamento instituta non capit contra voluntatem defuncti: & pro illa stat præsumptio, quod testator ei voluerit accrescere, quæ alijs in eodem testamento inutiliter reliquit. Vnde etiam non obstat, quod testans ad pias causas potest decedere partim testatus, & partim intestatus; quia vt admittatur ita decedere voluisse, constare debet de tali ejus voluntate, vt resoluit Bartholus *in l. 1. Cod. de Sacrosf. Eccles. quæst.* 5. in nostro autem casu id non constet, imo oppositum præsumitur; alioqui hoc ipsum, quod fauore piæ causæ fieri posse admittitur, in ejus detrimentum verteretur, contra juris regulam *cap. Quod ob gratiam, de Regul. juris, in* 6. & ipsa causa pia deterioris efficit conditionis, quàm hæres profanus vtiliter quoad partem bonorum institutus, qui intelligitur ad vniuersam hæreditatem vocatus ne admittatur testatorem decessisse testatum quoad partem; & quoad partem intestatum, vt fusiùs suo loco trademus.

Secundò principaliter dubitatur, vtrum valeant legata pia relicta in testamento minùs solemni ad causam profanam condito, & sic inualido? Negant aliqui, quos citat & sequitur Menchaca *lib. 3. de Successionum creat. §. 22. numer. 12. & 13.* & August. Barbos. *lib. 3. Iuris Eccles. cap. 27. numer. 95.* eo potissimùm fundamento, quòd legata quantumuis pia, sunt accessoria respectu talis testamenti; accessorium autem sequitur natu-

355 and 356 margin: (placed)

naturam principalis, *regul. Accessorium, de Regulis juris in 6.* quæ regula non minùs videtur hic habere locum, quàm in simili casu præcedentis dubitationis, vbi illam admisimus.

357 Contrariam nihilominus sententiam tenent meritò Couar. *in d. cap. Relatum,* 1. *numer.* 3. Sot. *de Iustit. lib.* 4. *q.* 5. *art.* 3. Molin. *dict. disput.* 134. *sub numer.* 2. *vers. Contra verò,* Vasq. *de Testamentis, dubit.* 1. *numer.* 52. Sanch. *lib.* 4. *Opusc. cap.* 1. *dub.* 7. *numer.* 3. Lugo *de Iust. disput.* 22. *numer.* 273. Diana *tom.* 7. *tract.* 6. *resol.* 3. & alij quos referunt. Quia *in dict. cap. Relatum,* priuilegiantur simpliciter pia relicta, vt valeant absque solemnitate legum Ciuilium, nec ipsæ leges Ciuiles ea poterant irritare, cùm pertineant ad bonum animæ ipsius testatoris, & sic soli potestati Ecclesiasticæ & spirituali subjiciantur. Vnde quanuis testamentum ob defectum talis solemnitatis fuerit nullum quoad institutionem, & alia relicta ad causam non piam, inde non sequitur, quòd legata pia in eo relicta sint nulla.

358 Neque obstat, quod hæc legata sint accessoria respectu illius testamenti, & sic videantur debere sequi illius naturam, quemadmodum in casu superioris dubitationis, vbi diximus valere legata profana relicta in testamento non solemni ad pias causas, eoquod ipsum testamentum, cui accedunt, validum sit. Id, inquam, non obstat, quia pro casu & resolutione præcedentis dubitationis stat, quòd Ecclesia statuendo valere testamentum non solemne ad pias causas, potuit illud integrè priuilegiare vt valeret etiam quoad legata profana in eo relicta, nihil obstante vlla contraria dispositione juris Ciuilis, cùm hoc Ecclesiasticæ potestati subordinatum sit: & ita per eandem potestatem, ex qua Ecclesia voluit & declarauit valere testamenta non solemnia ad pias causas, consequenter intelligitur voluisse, & effecisse vt valerent legata profana in eo relicta, juxta eam regulam, Quod is qui concedit principale, intelligitur etiam concedere accessorium. Econtra verò in casu præsentis dubitationis potestas Ciuilis efficere nequit, vt relicta pia non solemnia sint nulla, præsertim stante Ecclesiæ dispositione in contrarium, *vt in dict. cap. Relatum;* ac proinde annullando testamentum non solemne, non propterea annullat, nec annullare potest legata pia in eo relicta, quanuis sint accessoria.

Tertiò dubitatur, vtrum quando hæreditas non aditur, siue quia hæres institutus est incapax, siue quia noluit, aut non potuit illam adire, valeant nihilominus legata pia in tali testamento relicta? Negant aliqui apud Couar. *in cap. Raynaldus,* §. 3. *num.* 11. *vers. Illud sanè, in fine, de Testamentis:* argumento libertatis legatæ, quæ cùm pia causa censeatur, attamen non debetur, hæreditate non adita per hæredem scriptum, aut per eum cui bona defuncti, fauore conseruandę libertatis, addicerentur, *l.* 2. *C. Si omissa causa testamenti, aliàs, Siquis omissa.* Idem sentit & tenuit in judicando Gama cum alijs collegis *decis.* 248. *ex num.* 2. vbi ait, licèt dies legati cedat à morte testatoris quoad transmissionem, tamen peti non posse antequam hęreditas adeatur, quantumuis sit pium, per regul. *l. Hæredis aditio, ff. Quando dies leg. cedit, & Glossam in l. vnica, Cod. de Caduc. tollend. §. Cùm igitur, verbo, Cedere;* vbi id generaliter pro quibusuis legatis traditur, ea ratione, quia ante aditam hæreditatem nulla persona reperitur obligata, à qua legatum peti possit. Quam rationem latè prosequitur Tiraquel. *de Pia causa, priuileg.* 34. Contraria tamen sententia est vera, & communis: circa eam verò pro maiori explicatione aliqui casus distinguendi sunt. 359

Primus casus est, quando hæres scriptus potens obtinere hæreditatem ab intestato, non vult illam adire ex testamento quod legitimè conditum est, sed solùm vti jure succedendi ab intestato. In hoc casu certum est deberi ab eo legata pia in tali testamento relicta, imò etiam non pia, *per l.* 2. *&* 3. *Cod. Si omissa causa testament.* Voluit enim Imperator occurrere fraudi, ex qua 360

ejusmodi hæredes nolebant adire hæreditatem ex causa testamenti, vt sic annullato testamento ex post facto, corruerent omnia in eo relicta, & totum cederet ipsis hæredibus ab intestato absque onere soluendi legata & fideicommissa.

361 Secundus casus. Quando tam hæres in testamento scriptus, quàm legitimi, qui ab intestato succedere possent, hæreditatem sibi delatam non adeunt, siue quia nolunt, siue quia non possunt. In quo casu prouisum est per Constitutionem, quam appellant *D. Marci*, vt si in tali testamento legatæ erant libertates seruorum, possit aliquis eorum quibus libertas relicta est, vel etiam alius, petere vt sibi addicantur bona defuncti: & quòd is sit tanquam successor defuncti, à quo manumittantur ij quibus libertas fideicommissariè relicta est: ij verò, quibus directò est relicta, eam consequantur, perinde ac si hæreditas adita esset. Ita habetur *Inst. de Eo cui libertatis causâ bona addicuntur, in princip.* Atque ipse in primis libertatem consequetur, cui bona fuerint addicta, vt exprimitur *l. 2. ff. de Fideicommissar. libertat.* Idemque est quando libertas relinquitur in codicillis nemine hæreditatem adeunte, vt etiam citati textus declarant. In prædicto igitur casu pari fauore gaudere legata pia, seu eos quibus aliquid intuitu pietatis relictum est, tenent communiter Doctores, Barthol. *in l. 1. C. de Sacrosf. Eccles. num. 4. & in l. Eam quam, num. 2. Cod. de Fideicommiss.* Angel. & Ioan. Andr. apud Ioan. de Imola *in l. Qui filio 38. §. 1. num. 3.* (quòd etiam tenere videtur idem Imola *ibid. vers. Id autem, quod superiùs*) Couar. *in Cod. Raynaldus, §. 3. sub numer. 11. vers. Secundus casus, de Testamentis*, Surdus *de Aliment. tit. 8 priuileg. 12. num. 6.* Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacrosf. Eccles p. 3. §. 2. num. 4.* Pichar. *Inst. de Eo cui liber. caus. bona addic. in princ. num. 61.* & alij quos referunt. Ratio est, quia quilibet fauor libertati concessus ad piam causam extenditur. Si quæras, an ille, cui bona addicuntur, sit hæres? Respondet Surdus *supra, numer. 4.* dici hæredem irregularem, seu anomalum; non autem ex testamento, neque ab intestato. Et ita etiam docet Glossa *in §. In primis, verbo, Successor, Inst. de Eo cui libert. causâ bona addic.*

Tertius casus est, quando hæres scriptus hæreditatem non adijt, eoquod ante testatorem, ipso ignorante, fuerit mortuus. In hoc casu deberi legata pia docet Couar. *proximè citat. vers. Quartus casus, per l. Antonius, ff. de Fideicommiss. libertat.* quam ad hoc ipsum ait annotasse Romanum, quem ibi citat. 362
At L. illa solùm statuit deberi legatum libertatis, quando hæres scriptus decessit post mortem testatoris, hæreditate non adita: vnde non videtur probare deberi legatum pium, quando hæres scriptus decessit ante testatorem, sed solùm quando decessit post ejus mortem. Nec reperio textum, aut vllum alium Doctorem, qui hærede scripto ante testatorem decedente, dicat deberi talia legata. Sentio tamen in hoc etiam casu pia legata deberi, siue hæres scriptus fuerit præmortuus ignorante, siue sciente testatore. Quia vt relicta pia debeantur sola defuncti voluntas spectatur, vt ex superioribus constat. Vnde satis est quòd semel fuerint validè facta à testatore, nec postea reuocata; quod vtrumque supponitur interuenire in casu proposito.

Quartus casus est, quando hæreditas repudiatur ab hærede scripto; aditur verò à legitimis successoribus, ad quos ab intestato defertur. In hoc euentu citra controuersiam est, deberi legata pia: tum ob rationem proximè traditam pro casu præcedenti; tum quia vt cum Jasone tradit Couar. *supra vers. Quartus casus*, pia legata censentur repetita ab hæredibus ab intestato juxta Glossam *in dict. leg. Eam quam, verbo, Traditur, Cod. de Fideicommissis* vbi ex tredecim casibus, quos recenset, in quibus debentur legata relicta in testamento nullo, vel annullato, decimus est, quando legata sunt relicta propter 363

ter pietatem, & affectionem, *vt in l. In testamento, ff. de Fideicommissar. libertatibus.*

364 Quintus & vltimus casus est, quando aditio hæreditatis differtur, siue quia non existit qui illam adeat, siue quia nemo vult eam statim adire. In hoc casu sentiunt Doctores pro negatiua parte principalis quæstionis allegati, non deberi legata pia, antequam hæreditas adeatur, aut saltem bona alicui addicantur, si talis sit casus, vt hęc addictio locum habeat, juxta ea quæ traduntur toto titulo, *Inst. de Eo, cui libert. causâ bona addic.* vbi Pichard. *in princip. num.* 62. in specie asserit vt legata pia conseruentur, necessariam esse saltem bonorum addictionem. Nihilominus pia legata deberi statim à morte testatoris, neque oportere expectare aditionem hæreditatis, aut bonorum addictionem, ad hoc vt peti posśint, communior est sententia, quam tenent Barthol. *in Repet. l.* 1. *Cod. de Sacrosf. Eccles. numer. 66. Abbas in cap. Relatum,* 1. *de Testamentis, columu.* 1. Couar. *in cap. Raynaldus,* §. 3. *num.* 11. *vers. Octauus casus, eodem tit.* Surdus *de Alimentis, tit.* 8. *priuileg.* 12. *num.* 3. Ægyd. *in l.* 1. *Cod. de Sacrosf. Eccles. p.* 3. §. 2. *sub numer.* 11. Molin. *disp.* 195. *num.* 7. & plures alij quos referunt. Ratio est, quia aditio hæreditatis solùm requiritur ex juris Ciuilis subtilitate, ad hoc vt sit à quo legata debeantur, & aduersus quem detur actio, vt ab illo exigi posśint: legata verò pia ab omnibus juris subtilitatibus & solemnitatibus sunt exempta, nec tantùm actione, sed etiam judicis officio peti possunt, vt tradit Couar, *d. vers. Octauus casus,* & in simili Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. resol. cap.* 12. *num.* 11. loquendo quando per peculiarem legem alicujus Regni valent legata, hæreditate non adita, vt in Regno Castellæ.

365 Bene autem in hoc casu aduertit Mol. *d disp.* 195. *num.* 6. priùs fore monendos hæredes tam ex testamento, quàm ab intestato, vt hæreditatem adeant; quòd si moram fecerint, dandum esse à judice curatorem bonis defunctis; & tunc petenda esse legata & debita, competereq; legatarijs actionem hypothecariam, & vendicationem; vt etiam contra nonnullos probat Anton. Gom. *supra, vers. Sed hypothecaria,* & tradit latiùs in nostra specie Tiraquel. *de Pia causa, priuileg.* 34.

Fundamentum Aduersariorum petitū ex eo, quod legatum libertatis non debetur, nisi adita hæreditate per hæredem scriptum, vt statuitur *l.* 2. *C. Si omissa causa testamenti,* vim non habet; quia lex illa solùm procedit in legato libertatis relictæ ex causa non pia, vt propter obsequia, vel peculiarem affectionem; qua ratione non est propriè legatum pium, quale solùm est quando relinquitur intuitu veræ pietatis, vt pro amore Dei, & ad bonum animæ ipsius legantis. In quo euentu etiam ante aditam hæreditatem debetur, nihil obstante vllâ contrariâ dispositione juris Ciuilis, cui ejusmodi legata verè pia non subjiciuntur. Ita in specie declarat Ægyd. *d.* §. 2. *n.* 15. Estque de mente cæterorū Doctorū, quos pro nostra sentētia retulimus, & constat satis ex supradictis. 366

Quartò dubitatur, vtrum valeat legatum relictum non solemniter cum onere vt restituatur causæ piæ, vt si testator legauit Petro coram duobus testibus, grauando illum, vt legatum restitueret Ecclesiæ, vel pauperibus? Respondetur tale legatum non valere; sed remanere apud hæredes cum onere restitutionis illi injuncto. Ita Barthol. *in l. vltim. ff. de His, quæ pro non scriptis habentur,* argum. ejusdem text. quatenus ibi habetur, si aliquis jussu testatoris sibi adscripsit legatum cum onere fideicommissi, tale legatum haberi pro non scripto respectu talis legatarij, & sic remanere apud hæredem, cum onere tamen fideicommissi. Quòd si opponas in contrarium stare textum in *in l. vnica,* §. *In primo C. de Caduc. tollen.* vbi legata, quæ habentur pro non scriptis, transeunt ad substitutum sine onere. Respondet idem Barthol. textum in illo §. *In primo,* procedere in suis terminis, quādo scilicet legatum habetur pro non scripto, eoquod persona legatarij deficit superstite testatore: 367

secùs autem, si ex alia causa, vt *in d.l.vlt.* *& l.1.ff.eodem.* Non placet tamen hæc responsio quia textus *in d. §. In primo,* continet regulam generalem, quòd habita pro non scriptis remaneant sine onere. Alij verò textus qui sunt contra, procedunt in casibus specialibus, & solùm stant in suis terminis tanquam exceptiones ab illa regula, vt patet *ex d.§.In primo, juncta Glossa*, ibi: *verbo, Perrarò.* Aliter igitur respondeo, speciale esse, vt quando legatum relinquitur cum onere respiciente causam piam, licèt tale legatum habeatur tanquam non scriptum, & sic maneat apud hæredem, attamen non maneat sine illo onere, vt cum eodem Bartholo tradit Peregrinus *tract.de Fideicommiss.art.16. num.81.* arguendo à libertate, quam semper dare tenetur is, ad quem peruenit legatum relictum cum onere illam præstādi, nihil obstante, quòd ipsum legatum habeatur pro non scripto, vt expresè decernitur *in l.Cùm verò, §.Si pro non scripto, ff.de Fideicommissar. libertatibus.*

368 Multa sunt alia, in quibus relicta pia ex fauore speciali à communibus regulis exorbitant, quæ in progressu hujus materiæ, vbi opportunum fuerit, tradenda sunt. Illud autem pro coronnide prædictorum aduerto ex Glossa vlt. *in cap. Relatum 1.de Testament.* Couar. *ibi numer. vltim.* Moln. *disp.134.* & multis alijs apud Couar. legata pia, quæ ab hærede laico debentur, etiam coram judice Ecclesiastico peti posse, eoquod causa, ex qua sunt relicta, respiciat finem supernaturalem, cujus judicium ad forum Ecclesiasticum spectat. Quòd autem etiam coram judice laico peti possint, constat ex *d. cap. Relatum*, vbi sermo est cum laicis judicibus Velletrensibus vt bene aduertit Molina.

(s)

SECTIO X.

De solemnitate, quæ necessaria est in testamento habente clausulam codicillarem. Vbi ex occasione de natura, & conditionibus codicillorum.

QUoniam in postrema hujus disputationis parte agere instituimus de testamentis, in quibus propter aliquam specialem causam non requiruntur ordinariæ juris solemnitates, non incongruè hìc annectimus testamentum habens clausulam codicillarem; siquidem vt sit vtile, satis est quòd fiat cum requisitis ad codicillum; in cujus naturam per eam clausulam transit, quando non potest valere vt testamentum. Cùm verò totum hoc negotium pendeat à cognitione codicillorum, dicendum priùs est, quid sit Codicillus, quas proprietates, & conditiones sibi vendicet? & tum demum ad dictam clausulam, & testamentum eam continens accedendum.

§. 1. *Traditur quid sit Codicillus, ejusque definitio seu descriptio minutatim explicatur.*

SUMMARIUM.

QVid significet vocabulum, Codicillus; *num.369.*

Codicillus accipitur in jure pro quadam specie vltimæ voluntatis, quam jus ferè semper, Codicillos *in plurali numero appellat; ibid.*

Referuntur, & refelluntur quædam definitiones Codicillorum; numer. 370. & seq. Optima definitio, seu descriptio Codicilli; num.372.

Codicillus est suapte natura reuocabilis, quemadmodum cæteræ vltimæ voluntates; num.373.

Ille tantum potest codicillos facere, qui jure testari potest; num. 374. Vtrum qui per statutum testari prohibentur, cùm aliàs essent testabiles secundum

jus

Vocabulum, *Codicillus*, quòd à codice, seu caudice deriuatum nō immerito credit Pichard. *in Rubr. ad Inst. de Codicillis*, idem valet atque paruus codex, seu parua scriptura. In jure autem & apud Juristas omnes vsurpatur pro quadam specie vltimæ voluntatis, de qua in præsenti agendum; quam jus ferè semper, *Codicillos*, in plurali numero appellat: interdum autem etiam in singulari eodem vocabulo vtitur, vt *l. Non codicillum*, 14. *Cod. de Testament. & Auth. de Restitut. fideicommiss. collat.* 9. *tit.* 8. ibi, *Quæ in hoc meo codicillo*, & infra, *Super codicillum enim sapientem*; & iterum, *Codicillum autem inproastio.* Quare nos etiam in præsenti, tum *Codicillum*, tum *Codicillos*, prout opportuniùs visum fuerit, appellabimus. 369

Iam verò quod ad rem attinet, quid Codicillus sit inspiciamus. Mantica *lib. 1. de Conject. vltim. volunt. tit. 8. num. 1.* sic definit. *Est justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri voluit absque hæredis institutione.* Hæc tamen definitio, quanuis in bono sensu explicari & admitti posset, attamen sic vt jacet, non videtur admittenda, eâ potissimum de causa, quòd in illa ponatur, *justa sententia*, loco generis; quasi codicillus hac in parte conueniat cum testamento, quod etiam definitur, *Iusta sententia, &c. l. 1. ff. de* 370

ff. de Teſtam. Nam ſecundum communem intellectum, *Iuſta ſententia*, in definitione teſtamenti eſt idem, atque ſententia ciuilis, & ſolemnis, ſeu iuris ſolemnitatibus veſtita: Codicillus autem eſt ſimplex, & nuda quædam voluntas nullam ordinationis ſolemnitatem deſiderans, vt dicitur *§. finali, Inſt. de Codicillis*, & notat ibi Pichard. *num.* 6. & Menchac. *lib.* 3. *de Succeſſ. progreſſu*, §. 30. *numer.* 4. Et ideo non rectè dicitur, *Iuſta ſententia*, quemadmodum teſtamentum.

371 Aliter ergo definit Menchaca ſupra; *Codicillus eſt vltima voluntas iners, & informis.* Cui conſonat Pichard. *in Rubr. ad Inſt. de Codicillis, num.* 8. ſic definiens. *Codicilli ſunt inteſtatorum, vel teſtatorum voluntates quædam nudæ, nullis ſubnixæ ſolemnitatibus iuris.* Sed neque hæ definitiones placent, quia non declarant propriam differentiam, per quam codicillus ab alijs voluntatibus ſecernitur; & quidem quæ à Menchaca traditur, non ſolùm conuenit alijs vltimis voluntatibus minùs principalibus, ſed etiam aliquibus teſtamentis, vt teſtamento militis, ad pias cauſas, & inter liberos, quæ vt ſint valida, iuris ſolemnitatibus non indigent. Aptior videtur definitio, quam ponit Molina *diſp.* 131. *num.* 1. *Eſt quædam, ſine directa hæredis inſtitutione, vltimæ voluntatis diſpoſitio, ſiue in ſcriptis, ſiue nuncupatiuè etiam verbo tenus, facta ſit.* At hæc etiam non plenè ſatisfacit, quia licèt codicillos diſtinguat à teſtamentis, cujus maximè propria differentia eſt hæredis inſtitutio, non ſatis tamen eorum naturam, & proprietates circunſcribit, vt ex dicendis conſtabit.

372 His ergo, & alijs non melioribus definitionibus omiſsis, aptiſsimè in hunc modum poteſt definiri, ſeu deſcribi Codicillus. *Eſt ordinatio vltimæ voluntatis, qua is, qui factionem habet teſtamenti, legitimè abſque teſtamenti ſolemnitatibus diſponit de eo quod poſt mortem ſuam vult fieri, ſiue legando, ſiue fideicommittendo, ſiue declarando, corrigendo, aut modificando teſtamentum antea, vel poſtea factum non tamen hæredem directò inſtituendo, aut deſtituendo, ſeu exhæredando.* Hanc deſcriptionē deſumo ex multis textibus, quibus ſingulæ illius particulæ exprimuntur, & codicillis attribuuntur, vt jam eas percurrendo, & explicando planum facio.

Dicitur: *Eſt ordinatio vltimæ voluntatis.* Quia codicillus eſt quædam vltimæ voluntatis ſpecies, & quidem præcipua poſt teſtamentum, vt conſtat *ex toto tit. ff. de Iure codicillorum, & Inſt. & C. de Codicillis.* Unde fit, vt codicillus ſemper reuocari poſsit à codicillante; cùm reuocabilitas ſit de ratione vltimæ voluntatis, vtpote quæ ſuapte natura eſt deambulatoria vſque ad ſupremum vitæ exitum; *l.* 4. *aliàs* 3. *§. vltim. ff. de Adim. leg. l. Cùm hic ſtatus*, 33. *in princip. verſ. Pænitentiam, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* 373

Quæ is, qui factionem habet teſtamenti. Quia ille tantum poteſt codicillos facere, qui teſtamentum facere poteſt, *leg. Diui*, 6. *§ penult. & l. Conficiuntur*, 8. *in princip. verſ. Codicilli, ff. de Iure codicil.* Neque in contrarium ſtat textus, *Inſt. de Codicil. in princip.* ibi: *Siquis teſtamentum facere non poſſet, tamen codicillos poſſet.* Nam vt optimè ibi declarat Accurtius, & cæteri omnes, ille textus procedit de ijs, qui ob impotentiam facti non poſſent teſtari, vt quia reperiebantur in loco vbi non poterant habere tot teſtes, quot ad teſtandum ſufficerent: ac pro eis dicitur vtilem eſſe codicillorum inſtitutionem, vt quando teſtari non poſſent, ſaltem poſſent codicillari, cùm codicilli tot teſtium, & ſolemnitatum apparatum non deſiderent. Non autem procedit de ijs, qui ob juris impotentiā teſtari nequirent. Quam diſtinctionem expreſsit ipſe Juriſconſultus *in d. l. Conficiuntur, d. verſ. Codicilli, ff. de Iure codicil.* Si tamen juris impotentia proueniat ex lege ſtatutaria, vt ſi alicubi per ſtatutum prohibeantur teſtari quicumque vigeſsimum quintum ætatis annum non expleuere, credit non improbabiliter Menchaca *dict. §.* 30. *numer.* 32. eam impotentiam non obſtare quominus taliter prohibiti codicillari poſ- 374

possint. Pro qua parte adducit Baldum, & Raphaelem, plurimaque fundamenta; quorum præcipuum est; quia tale statutum, cùm sit correctorium juris communis, non debet extendi vltra suos terminos, atque adeo non porrigi ad codicillos, qui sunt voluntas diuersæ rationis, & minoris momenti, quàm testamentum. Cæterùm Barth. & multi alij, quos idem Menchaca refert, oppositum tenent, idque videtur probabilius ex legibus supra allegatis.

Legitimè absque testamenti solemni-
375 *tatibus disponit.* Quia codicilli, *nullam solemnitatem ordinationis desiderant*, *§. vltim. Inst. de Codicil.* id est, non indigent solemnitatibus testamentorum, vt ibidem exponit Glossa, & certissimum est: multò enim minore indigent apparatu, vt *§. 4.* videbimus. Excipiuntur autem codicilli cæcorum, in quibus secundùm jus commune *in l. Hac consultissima, Cod. Qui testam fac. poss.* eadem requiritur solemnitas, quæ in eadem lege pro ipsorum cæcorum testamentis præscribitur, vt jam notauimus *sect. 7. §. 7. numer. 217.* vbi solemnitatem illorum testamentorum explicuimus. *De eo, quod post mortem suam fieri vult.* Quia cum codicillus sit species vltimæ voluntatis, de ratione illius est vt solùm post mortem disponentis suum habeat effectum, vt notissimum est.

376 *Siue legando.* Quia legata non solùm testamento, sed etiam codicillis fieri possunt, vt constat *ex l. Si tibi, 88. § 1. ff. de Leg. 1. l. Titia, 35. §. fin. ff. de Leg. 2. & l. Quidam referunt, 24. ff. de Iure codicil.* Estque vbique & ab omnibus receptum. Cui non obstat text. *in §. Præterea, Inst. de Fideicommissar. hæred.* ibi: *Cùm alioqui legata nisi ex testamento non valeant.* Nam vt ibidem exponit Glossa *vers. Non valeant*, & videtur esse communis intellectus, loquitur ibi Iustinianus secundùm jus antiquius, quo multæ differentiæ inductæ erant inter legata, & fideicommissa: quarum vna erat, quòd fideicommissa poterant relinqui codicillis ab intestato, legata verò non nisi ex testamento. Omnes autem ejusmodi differentiæ sublatæ sunt, vt patet *ex l. 1. ff. de Leg. 1. & l. 2. Cod. Communia de legatis.*

Siue fideicommittendo. Quia vt dictum est, etiam secundùm jus antiquius fideicommissa codicillis relinqui possunt, etiam ab intestato, vt constat *ex dict. §. Præterea, Inst. de Fideicommissar. hæred.* Cui concinunt *l. 1. §. Hoc autem, & §. Bonorum, l. Recusare, 6. §. Meminisse, ff. de Trebel. l. 3. & l. Et sine, Cod. eod. tit.* & plures aliæ. Nec tantùm fideicommissa particularia, sed etiam vniuersalia possunt relinqui codicillis, vt patet *ex d. §. Præterea*, vbi habetur, quòd etiam intestatus potest rogare, & grauare successorem, vt totam suam hæreditatem, partemue ejus, aut rem aliquam (veluti fundum, pecuniam) alicui restituat. Quod etiam habetur *d. l. Conficiuntur, 8. in princip. ff. de Iure codicil. cum similibus.* Adde ex Vasquio Menchaca *d. §. 30. numer. 21.* etiam rem alienam posse per fideicommissum in codicillis relinqui, & valere tale fideicommissum, licèt codicillator de nulla re alia disponat; tenerique tunc hæredem legitimum redimendo rem illam præstare fideicommissario, juxtà *l. Non dubium, ff. de Leg. 3. & l. Cùm alienam rem, Cod. de Legat.* Quòd nulla sit ratio, cur minus valere debeat fideicommissum rei alienæ in codicillis relictum, quam si testamento relictum esset, præsertim cùm dictæ LL. generaliter loquantur, & sic omnem vltimam voluntatem comprehendant. 377

Siue declarando, corrigendo, aut modificando testamentum antea, vel postea factum. Omnia enim in testamento disposita, quæ in codicillis disponi possent, proculdubio in ipsis codicillis mutari, adimi, corrigi, modificari, & declarari possunt: vt tanquam pro regula tradit, & illustrat Simon de Prætis, *de Interpret. vltim. volunt. lib. 2. interpret. 1. dub. 1. solut. 10 num. 14. juncto num. 21. cum seqq.* Et quidem legata in testamento solemni facta, posse adimi, & mutari in codicillis, habetur expresse *Inst. de Ademptione legator.* idemque est de fideicommissis; tum 378

quia

quia legata, & fideicommissa quoad omnia æquiparantur, *l. 1. ff. de Leg. 1. l. 1. C. Communia de legatis*; tum etiam, quia vtraque ejusmodi relicta nuda voluntate adimi possunt, *l. 3. §. vlt. ff. de Adim. legat.*

Neque obstat text. *in l. Hæredes palam, 21. §. Siquid post, ff. de Testament.*
379 ibi: *Siquid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt:* idest, non potest fieri talis mutatio, nisi in alio testamento æquè solemni. Respondetur enim, primò ex Gloss. *vers. Omnia*, Barth. & cæteris ferme interpretibus *ibidem*, hunc textum intelligendum esse de mutatione circa institutionem hæredis: quæ quidem non nisi in alio solemni testamento mutari potest, vt infra videbimus. Respondetur secundò ex Pichard. *Inst. de Adempt. legat. num. 33.* licèt ille textus procedat etiam de mutatione legatorum, sensum ejus esse, quòd legata in testamento relicta non tolluntur ipso jure post testamentum completum, nisi in alio testamento solemni: at cum hoc stare quòd si reuocentur codicillis, tolluntur exceptione. Ad quod est bonus textus *in l. Si ita sit scriptum, 14. ff. de leg. 1.* Et ita ibidem docet Glossa *vers. Ipso jure*, vbi plures textus in eandem sententiam adducit, quæ quidem est satis probabilis; licèt communis sit, quòd saltem post *d. Inst. de Adempt. legat.* quęlibet legata adimuntur codicillis ipso jure. Quam sententiam tenet Pichard. *supra, num. 38.* Couar. *in Rubr. de Testam. p. 2. num. 21. vers. Quod si codicilli*, Mascard. *conclus. 1286. num. 84.* & Petr. Ricciardius *in tit. de Adempt. legat. sub num. 21. & 22.* vbi latè hac de re differit.

380 Nec solùm quando testamentum codicillos prętessit, sed etiam quando postea factum est, possunt legata in eo facta ipsis codicillis adimi, vt probat, & latè declarat Ricciardius *d. tit. de Adempt. legat. num. 8.* enimverò siquis in codicillis ante testamentum factis dixerit: *Fundum, quem Titio legauero in testamento, præstari nolo, vel ex nunc adimo:* tale legatum postea factum in testamento illis codicillis perimitur. Licèt enim regulare sit, vt in vltimis voluntatibus posterior voluntas præualeat, id procedit nisi præcedens voluntas sit derogatoria sequentis *l. Si mihi, & tibi, 12. §. vlt. ff. de Leg. 3.* Hoc autem intellige, si testator illam præuiam ademptionem expressè non reuocauerit Glossa *in d. §. vlt. vers. Non valebit, per l. Siquis in princip. 22. ff. de Legat. 3.* vbi Barth. & alij, & in specie Ricciard. *vbi supra, vers. Quod tamen limitari.* Et qua ratione legata possunt adimi codicillis, eâdem etiam possunt addi, minui, corrigi modificari, & declarari; nec tantùm legata, sed etiam fideicommissa etiam vniuersalia, & quæcumque alia quæ in codicillis possunt disponi, cùm de omnibus sit eadem ratio.

Imò etiam circa illa, quę solùm pos- 381
sunt disponi testamento, fieri potest declaratio in codicillis, sic enim licèt hæredis institutio solùm possit fieri testamento, tamen codicillis declarari potest, quis sit hæres institutus in testamento, vt cum communi docet Mantica *lib. 6. de Conject. vltim. volunt. tit. 4. num. 3.* per *leg. Asse toto, 77. ff. de Hæred. instit. & l. Institutio talis, ff. de Condit. instit. & l. Si ita scripsero, ff. de Condit. & demonstr.* Item plurium institutio facta simpliciter in testamento potest declarari in codicillis, an debeat ex æquis partibus intelligi, vel ex partibus inæqualibus, vt cum alijs tradit idem Mantica *loco citat.* Id quod in fortioribus terminis approbat Simon de Prætis *d. solut. 10. num. 22.* vbi cum Parisio asserit, institutionem ęqualiter factam de filijs posse per patrem in codicillis quodamodo mutari distribuendo bona inter eos inæqualiter *per l. Quoties*, & ibi Glossa, & DD. *Cod. Famil. ercisc.* similiter substitutio dubia facta in testamento potest in codicillis declarari, vt sit directa, quæ alioqui, si non esset declarata, magis intelligeretur fideicommissaria. Sic Baldus, quem citat & sequitur Mantica *dict. tit. 4. numer. 4.* & ita etiam cum Præt. docet Fusar. *tract. de Substitutionibus, q. 7. num. 5.*

De-

382 Denique notat generaliter Menoch. *consil.970.num.* 10. *volum.* 10. ex Baldo, & Natta, quos refert, quòd sicut dubia testatoris voluntas declaratur ex aliqua parte ejusdem testamenti *l. Qui filiabus, ff. de Leg.*1. sic etiam declaratur ex codicillis, & econtra. Additque Mantica *proxime citat.* hoc procedere, quamuis codicilli sint imperfecti, *per l.vltim.ff.de Rebus eorum, qui sunt sub tut.* per quam legem vulgo dicitur, testamentum etiam si sit imperfectum ratione solemnitatis, declarare defuncti voluntatem: quod pariter in codicillis imperfectis militat, ad quos id etiam in specie extendit Roman. *consil.*179.*num.*7. Idem mihi satis probat text. *in d. l. Hæredes palam,* 21. §. 1. ibi: *An post solemnia explanari &c. ff. de Testament.*

383 *Non tamen hæredem directò instituendo, aut destituendo, seu exhæredando.* Quia codicillis hæreditas directò, nec dari, nec adimi potest *l.2.§.Hæreditas, leg. Diui,6.in princip. l. Quod per manus,*10. *& l. Illud,* 13. §.1 *ff. de Iure codicil. l.2. l. Si idem,Cod. de Codicil. §. Codicillis autem, Inst. eodem tit. & alijs juribus.* Rationem reddit Justinianus *in d. §. Codicillis autem,* quia alioqui confunderetur jus testamentorum, & codicillorum; cùm propria testamenti nota sit, quod directam hæredis institutionem contineat, & consequenter illi tantùm attributa sit potestas hæreditatem directò adimendi, seu exhæredandi.

384 Vnde fit primò, institutioni hæredis in testamento factæ non posse adjici conditionem in codicillis, *d.l.Diui, in princ. & d. §. Codicillis autem, & l. pen. ff. de Condit. instit.* Quia per talem adjectionem adimeretur hæreditas, deficiente conditione. Fit secundò, non posse etiam codicillis adimi conditionem adjectam in testamento institutioni hæredis, vt optimè aduertit Pichard. *in d. §. Codicillis autem, num.* 16. Mynsinger. *ibid. numer.* 10. & Menchaca *lib.2. de Success. creat. §.25. num.* 10. post Salicet. *in l.2. Cod. de Codicil.* Glossam, & Barth. *in l. Qui filio,*38. *§. Seruus, per eum text. ff. de Hæred. instit.* & alios. Quia jam per hoc videretur hæreditas purè dari in codicillis directè, quod prohibitum est, nisi forte liberorum fauore, vt ex Angelo Mynsingerus, & Pichardus adnotarunt. Fit tertio substitutiones directas non posse fieri codicillis, *d.§.Codicillis autem, & d.l.Diui, in princip. & d l. Si idem.* Quia substitutio directa nihil est aliud, quàm secunda institutio, qua hæreditas directò datur deficiente primi institutione: quod codicillis fieri non potest, sed testamento duntaxat.

Fit quarto, etiam institutionem in re certa non posse fieri, nec adimi in codicillis, vt tradunt Baldus in *Auth. Ex causa, quæst.* 6. *Cod. de Liberis, & in l. Oratio, Cod de Inoffic. testam. in princip. quæst.* 3. & Menchaca, *supra, num.*14. Qui tamen limitant, nisi institutus esset extraneus, cui datus esset cohæres vniuersalis; quæ limitatio etiam placet Mynsingero, *§.Codicillis, num.*7. *Inst. de Codicil.* cùm in tali casu ille institutus habeatur loco legatarij *l. Quoties, Cod. de Hæred. instit.* legatum autem dari, & adimi possit codicillis. Sed non placet hæc limitatio; quia etiam in eo casu institutio in re certa trahitur ad totum, si cohæres vniuersalis hæreditatem non adeat, vt *disp.seq.* videbimus: vnde illa institutio censetur conditionaliter vniuersalis: codicillis autem neque institutio vniuersalis, neque vlla ejus conditio potest tolli, vel poni, vt ex dictis constat. Illud tamen admittendum quod ex Baldo affert Gregor. Lop. *in l.2.tit.*12.*part.*6. Siquis in codicillis instituatur in re certa, habendum esse loco legatarij, & sic non esse prorsus inutilem eam institutionem.

Fit quintò, vt etiam non possit hæres grauatus fideicommisso vniuersali prohiberi in codicillis, ne in restitutione hæreditatis deducat quartam Trebellianicam, vt notat Simon de Prætis *d.solut.*10.*num.*15, cum Glossa *in d. l.* 2. *Cod.de Codicil.* Baldo, Jason, & alijs. Siquidem prohibita ea deductione tota hæreditas adimeretur hæredi instituto, & daretur fideicommissario: vnde jam in effectu perinde codi-

codicillis dari, & adimi posset hæreditas, atque testamento; & quod quis directò obtinere non posset, per indirectum consequeretur, contra *reg. Cùm quid vnâ viâ* 84. *de Regul. jur. in* 6. Hoc ipsum mihi satis probat text. *in l.* 2. *§. vlt. ff. de Iure codicil.* ibi: *Salua ratione legis Falcidiæ*, idest, Trebellianicæ, vt Glossa ibidem exponit.

385 Aduerte autem primò, per hęc non tolli quominus ex priuilegio posit hæreditas dari codicillis. Sic enim potest miles gaudens priuilegio militari hæredem codicillis directò instituere, vt habetur *l. Militis codicillis*, 37. *ff. de Militari testament.* Similiter ad causam piam, ex hujus priuilegio, potest codicillis dari hæreditas directò, vt notat Mynsinger. *supra:* nam si id conceditur militibus, denegari non debet causæ piæ, quæ non est minùs priuilegiata, vt constat ex dictis *sect. præced.* quidquid in præsenti casu tergiuersetur modò affirmans, modò negans Menchaca *d. §.* 25. *num.* 9. Item posse codicillis dari, & adimi hæreditatem fauore filiorum, docent Barth. *in d. l. Militis, in princip.* Mynsinger. *d. num.* 7. & alijs quos citat & sequitur Menoch. *consl.* 942. *num.* 2. *volum.* 10. asserentes posse patrem adimere in codicillis hæreditatem extraneo instituto in testamento, & dare eam filijs, argum. text. *in d. l. Militis codicillis, & per text. in l. Hac consultissima, §. Siquis autem, Cod. de Testament.*

At oppositum probabiliùs sustinent Bald. Roman. Ancharan. Salicet, & multi alij quos citat Menoch. *cons.* 1163. *volum.* 12. tenet etiam Menchaca *d. §.* 25. *num.* 7. Stephan Gratian. *Disceptat. forens. cap.* 1902. *num.* 4. *tom.* 5. vbi refert plures testantes de communi, & Fusar. multos etiam referens *tract. de Substitut. q.* 8. *num.* 25. Nec obstant textus ab Aduersarijs adductis nam in *d. l. Militis*, id conceditur militibus ex peculiari eorum priuilegio, quod ad liberos non extenditur: alioqui omnes prærogatiuæ militaris testamenti extenderentur ad testamentum inter liberos, quod est falsum & inauditum. In illo autem *§. Siquis autem*, est sermo de testamento imperfecto, quo quis instituit venientes ab intestato, cum priùs testamento solemni instituisset extraneos, & de tali secunda voluntate, si constet per quinque testes, dicitur quod valeat tanquam intestati. Vbi planè textus loquitur de volente facere testamentum: præsens autem quæstio procedit quando quis exprefsè voluit codicillari.

Aduerte secundò, licèt hæreditas data 386
in testamento non posit adimi codicillis, attamen si testator in codicillis declarauerit, hæredem à se institutum esse indignum sua hæreditate, auferri ab eo hæreditatem, & applicari Fisco, vt est textus *in l. Hæreditas*, 4. *Cod. de His quibus vt indignis.* Docet autem Molina, *disp.* 131. *num.* 2. id procedere, si probetur hæredem commisisse crimen, propter quod testator eum declarauit indignum. At hoc *in d. l.* non habetur, nec alius, quem viderim, id notat nisi tantùm quando testator cancellauit nomen hæredis, non expressâ causâ: in quo euentu tenent aliqui apud Manticam *lib.* 12. *de Conject. tit.* 1. *num.* 31. non præsumi testatorem id fecisse, eoquod reputauerit talem hæredem esse indignum, nisi probetur offensa. Vnde credo mentem, *d. l. Hæreditas*, & DD. esse, solam illam declarationem testatoris sufficere, vt hęres priuandus sit hæreditate, quod planè insinuat Glos. *in l.* 3. *§. vlt. vers. Nuda, ff. de Adim. leg. & in l. Hæredes palam*, 21. *§.* 1. *vers. Omnia, ff. de Testament. & in §. Ex eo, vers. Perfectæ, Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Barth. *in l. vlt. num.* 14. *ff. Siquis aliquem testar. prohibuerit*, Rolandin. *tract. de Codicil. rubr.* 2. *num.* 4. *Qui tractatus habetur tom.* 8. *Tractatuum fol. mihi* 220. Prætis, *d. solut.* 10. *numer.* 27. & Mantica *lib.* 6. *de Conject. tit.* 4. *num.* 7. Qui cum Raphaele Cumano addit, posse etiam talem declarationem fieri fauore venientium ab intestato. Illud etiam hìc notandum, ademptionem hæreditatis factam in codicillis trahi ad fideicommissum, si non sit facta simpliciter, sed cum translatione hæreditatis in alium, vt cum Menoch. & alijs

alijs tradit Fusar. *tract. de Subftit. q.19. num.* 10.*per tex.in l.2 ff. de Iure codicil. & in l Hæreditas, Cod.de His quibus vt indignis, & in §. penult. Inft. de Codicil.*

Aduerte tertiò, si confectum sit testa-
387 mentum cum clausula derogatoria cujuscumque posterioris testamenti, posse talem clausulam in codicillis reuocari, itaut posterius testamentum valeat, quanuis nulla in eo fiat mentio, seu reuocatio illius clausulæ, prout aliàs erat necessarium. Ita Salicet *in d.l.2.numer.*3.*& 4. Cod. de Codicil.* Rolandinus *tract. de Codicil.* qui habetur *tom* 8. *tractatuum, fol. mihi* 220. *rubr.*1. *num.* 7. Mynfinger. *in d. §. Codicillis, num.*11.*Inft.de Codicil.* Alex. Angel. Iason, & alij quos citat & sequitur Mantica, *de Conject.lib.6.tit.4.num* 9 & Menchaca, *d.§.*25.*sub.n.*17.*verf.Quartò limita.* Quia per talem reuocationem nec datur, nec adimitur hæreditas, & cùm id alioqui non reperiatur prohibitum, intelligitur esse permissum, *l. Necnon, §. Quod eis, ff. Ex quib. cauf. maior.* Vnde infert Menchaca *loco citato*, posse in codicillis apponi illam clausulam derogatoriam, itaut testamentum, quod postea fuerit factum, non valeat, nisi clausula in codicillis apposita expresse fuerit reuocata; tum quia nullibi contrarium cauetur: tum etiam, quia paria, & ejusdem potentiæ sunt dare, & adimere in hac materia: vnde si dicta clausula potest adimi in codicillis, in ijs etiam potest poni.

388 Aduerte quartò, præter hæreditatem, esse quædam alia, quę non possunt dari, nec adimi codicillis, nisi testamento confirmentur: hæc sunt libertas directa, & tutor. De libertate enim, quòd non possit dari directò codicillis, nisi testamento confirmentur, habetur expresse *l. Libertates, 43. ff. de Manumiff. teftam.* & de tutore, quod similiter non possit dari codicillis, qui non sint confirmati testamento, habetur *l* 3 *ff. de Teftam. tutela.* Quòd autem hæc ipsa, & quæcumque dari non possunt codicillis, non possint etiam codicillis adimi, tradunt passim DD. cùm dare, & adimere à pari procedant in præsenti materia; ad quod facit *l. Nihil tam naturale, 36. ff. de Regul. jur.* ibi: *Nihil tam naturale est, quàm eo genere quodque dissoluere, quo colligatum est.*

Sic explicatâ, & illustratâ prædictâ codicillorum descriptione, facilè quiuis intelliget, quomodo hujusmodi voluntas tam à testamento, quàm à cæteris voluntatibus differat: siquidem nulla est, quæ per aliquam saltem traditæ descriptionis particulam non excludatur, vt consideranti patebit. Adhuc tamen pro plena prædictorum cognitione, aliqua supersunt notanda, vel magis explicanda.

§. 2. *Notantur aliqua pro maiori prædictorum explicatione.*

SUMMARIUM.

*Codicilli fieri possunt tam ab eo qui non fecit nec facturus est testamentum, quàm ab eo qui testamentum fecit, vel facturus est; n.*389.

*Codicilli ab intestato, idest, facti ab eo qui non fecit testamentum, non rumpuntur natiuitate filij in eis præteriti, ibid. Quid, quando pater in eis fideicommisit vni filio, quem solùm putabat sibi fore successorem, cùm tamen alium etiam haberet, vel postea habuerit, quem non sperabat? num.*390.

*Quid, si post factos dictos codicillos, filium susceperit codicillator, & post eum natum non habuit spatium illos mutandi? num.*391.

Reuocatio donationis ob natiuitatem filiorum, cessat quando facta est ab eo qui de liberis cogitabat, ibid.

*Codicilli facti ab eo qui testamentum etiam fecit, ita pendent à testamento, vt eo pereunte, illi etiam pereant; n.*392.

Hæc tamen resolutio fallit 1. *in illis casibus, in quibus infirmato testamento, legata nihilominus & fideicommissa debentur, vt quando testamentum rumpitur præteritione filij; num.*393.

Quando mortuo instituto in vita testatoris hæreditas deuoluitur ad substitutum

uertitur in fideicommissariam. Quod etiã procedit in substitutione Pupillari, num. 420.

Quando quis intelligitur voluisse facere testamentum, & solùm adhibuit solemnitatem codicillorum, talis voluntas neque vt testamentum, neque vt codicillus valet, num. 421.

Cùm quis intelligitur voluisse testari, non censetur voluisse codicillari, nisi clausulam codicillarem adjecerit, ibid.

389 Nota primò, licèt codicilli non possint fieri, nisi ab eo qui habet facultatem testandi, vt dictum est *num.* 374. attamen validè fieri possunt tam ab eo qui non fecit, nec facturus est testamentum, quàm ab eo qui testamentum fecit, vel facturus est, §. *Non tantùm Inst. de Codicil. l. Conficiuntur,* 8 *in princ. ff. de Iure codicil.* Quando autem sunt facti ab intestato, idest, ab eo qui non fecit vllum testamentum, vicem testamenti exhibent, *l. Ab intestato* 16. *ff. de Iure codicil.* & sunt magis firmi, quàm testamentum. Hoc enim natiuitate filij in eo præteriti rumpitur, & omninò perit, *l.* 1. *Cod. de Posthum. hæred. instit.* Codicilli autem, & fideicommissa ab intestato non rumpuntur filij natiuitate, *l. Si quis cùm testamentum,* 3. *d. l. Ab intestato,* 16. *& l. Is qui vnum* 19. *ff. de Iur. codicil.*

390 Aduerte autem, si quis nullo facto testamento codicillis fideicommisit vni filio quem tantùm sibi fore successorem putabat, cùm alium etiam habuerit, qui credebatur mortuus, vel postea ipsi jam defuncto insperatò natus est, licèt tales codicilli non euanescant, attamen fideicommissum in eis relictum, solùm pro dimidia parte deberi, & soluendum esse ab eo filio ad quem pater codicillum scripsit: idque si tale fideicommissum sit diuiduum, non autem si indiuiduum, vt seruitus. Sic habetur *in d. l. Is qui vnum,* vbi corrigitur quod est contra in *l. Quidam,* 14 *in fine, ff. de Iur. codicil.* vt Glossa vtrobique notat.

391 Præterea si quis post factos à se codicillos filium suscepit, & post eum natum non habuit spatium illos mutandi, sentit Mnchaca *lib.* 3. *de Succession. progress.* §. 30. *num.* 54. tales codicillos rumpi ex præsumpta voluntate codicillantis, argum. *l. Si vnquam, Cod. de Reuoc. donat. juncta l.* 3. *ff. de Inoffic. testam.* Addit verò idem Auctor id intelligere, si legata vel fideicommissa in codicillis relicta sint magna: secus autem si parua, argum. *d. l. Si vnquam.* Ego vlteriùs addo, id debere intelligi, si codicilli sint facti ab eo qui de filio non cogitabat, cumue non sperabat. Quod desumo *ex d. l. Is qui vnum,* ibi: *Nihil tum de posthumis sperabat.* Et ex doctrina Bartholi, communiter recepta *in l. Titia Seio,* §. *Imperator, num.* 8 *ff. de Leg.* 2. vbi docet cessare reuocationem donationis ob natiuitatem filiorum, de qua *in d. l. Si vnquam,* quando donatio facta est ab eo, qui verosimiliter de liberis cogitabat. Et *in l.* 1. *num.* 10. *ff. de Iur. codicil.* vbi docet non rumpi omninò testamentum natiuitate posthumi præteriti, de quo testator cogitabat, vt cum sciebat vxorem esse prægnantem, si in ipso testamento apposita erat clausula codicillaris, hoc modo; *Si non valet, vel non valebit vt testamentum, valeat vt codicillus.* Quod alij etiam docent, vt infra suo loco videbimus.

Si verò codicilli sint facti ab eo qui testamentum etiam fecit: tunc siue facti fuerint ante, siue post testamentum, & siue fuerint expressè confirmati testamento, siue non, ita pendent à tali testamento, vt si hoc infirmetur, illi etiam pereant, *l.* 1. *juncta Gloss.* ibi: *verf. Non venit. Cod. de Codicil. & l. Si quis cùm testamentum,* 3. §. *fin. ff. de Iure codicil.* Gloss. vlt. *in l. Ab intestato,* 16. *ff. eod.* Simon de Præt. *de Interpret. vltim. volunt. lib.* 2. *interpret.* 1. *dub.* 1. *solut.* 10. *num.* 13. Mantica *lib.* 8. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 2. *numer.* 9. *verf. Sed considera, fine,* Pichard. *in* §. *Non tantùm, numer.* 8. *Inst. de Codicil.* & cæteri omnes: censentur enim tales codicilli quædam pars testamenti, *l. penult.* 392

nult. ff. Quemadmodum testam. aper. & jus ipsius testamenti sequuntur *d. l. Ab intestato, in fine*: igitur infirmato testamento, quod est principale, ipsi etiam infirmentur necessè est; cùm sint accessorij. Ratio verò fundamentalis est, quia per ejusmodi codicillos grauatur hæres scriptus in testamento, vt soluat legata & fideicommissa in eis relicta, Gloss. vlt. *in l. 3. ff. de Iure codicil.* rupto autem testamento tollitur de medio talis hæres, & deuoluitur hæreditas ad successores ab intestato, non ex voluntate testatoris, sed ex lege, atque adeo sine onere à testatore injuncto; vt per text. *in l. 1. §. fin. ff. de Leg. 3.*

393 Intellige autem hanc resolutionem primò; vt non procedat in illis casibus, in quibus rupto, vel infirmato testamento, legata nihilominus & fideicommissa debentur, vt pro casu quo testamentum rumpitur ob præteritionem filij, bene aduertit Gloss. *in d. l. 1. verbo, Literas, Cod. de Codicil. per text. in Auth. Ex causa, Cod. de Liberis præter.*. Et ratio est, quia cùm codicilli de quibus loquimur, censeantur pars testamenti, & jus illius sequantur, *d. l. penult. & d. l. Ab intestato in fine*, planè sequitur quòd quando testamentum infirmatur quoad institutionem hæredis, legata verò & cætera in eo contenta conseruantur (vt in dict. casu præteritionis, & multis alijs, quos affert & latè explicat Azeued. *in l. 1. tit. 4. lib. 1. Nouæ recopil. num. 87. vsque ad num.* 118. de quibus suo loco) etiam scripta in codicillis sustinentur, sicut cæteræ partes testamenti, quæ institutiones non sunt. Aduerte autem, hanc rationem fallere in casu, quo ageretur an mortuo instituto in vita testatoris legata, quæ post illius mortem in codicillis scripta essent, à substituto debeantur? Tunc enim licèt valeant, & debeantur à substituto legata & fideicommissa scripta in testamento, nihil obstante, quod institutio euanuerit, attamen non valent legata in codicillis scripta, vt habetur expressè *in l. Quidam, 14. ff. de Iure codicil.* Idque ea ratione, quæ ibidem redditur, quia sicut nullius momenti esset legatum relictum ei, qui tempore codicillorum mortuus esset, ita etiam non valet quod relictum est ab eo, qui viuus non erat, quando in codicillis adscriptum est, vt in casu proposito, vbi institutus mortuus erat quando legata ab eo sunt relicta in codicillis.

Intellige secundò, nisi in dictis codicillis etiam venientes ab intestato rogati essent, vt si codicillator diceret, *Volo, vt quisquis mihi hæres fuerit, siue ex testamento, siue ab intestato, soluat Petro centum, vel hæreditatem, aut talem ejus partem ei restituat* In tali enim casu licèt testamentum ante, vel post ipsos codicillos factum infirmetur, nihil id obstabit quominus tales codicilli valeant. Probat hoc text. *in l. Eam quam, 14. & in l. Ex testamento, 29. Cod. de Fideicommiss.* Ex quibus hoc ipsum pro codicillis post testamentum factis tradit Pichard. *in dict. §. Non tantum, numer.* 8. *Institut. de Codicil.* 394

Intellige tertiò, vt non procedat in codicillis, quibus testator confirmat præcedens testamentum agnatione posthumi ruptum. Valent enim tales codicilli, & efficiunt vt relicta in tali testamento possint peti tanquam relicta in ipsis codicillis. Sic habetur *l. 1. Cod. de Codicil.* 395

Intellige quartò, vt etiam non procedat in codicillis factis post testamentum quod à principio fuit nullum, vt quando est factum sine solemnitate necessaria: valent enim tales codicilli. Sic relato Barth. Cyn. Alberic. Paul. de Cast. Alex. & alijs, docent Simon de Præt. *d. solut.* 10. *num.* 13. Menchaca *de Success. progref. lib.* 3. *§.* 30. *num.* 59. & Menoch. *conf.* 695. *num.* 38. *lib.* 7. Qui sic probat. Nam paria sunt, nullum esse conditum testamentum, ac esse nulliter seu inutiliter conditum, vt in specie tradit Ruin. *conf. vlt. numer.* 4. *lib.* 3. *argum. l. Non putauit, §. Non quæuis, ff. de Bon. possess. contra tab. & l.* 4. *§. Condemnatum, ff. de Rejudic.* Vbi Doctores, & latè Tiraquel. 396

de

de Retract.consanguin. §. 1. *Gloss.* 2. *num.* 5. Atqui quando nullum est conditum testamentum, codicilli confecti valent tanquam confecti ab intestato *l.* 3. *in princip.* & *l. Ab intestato, ff. de Iur. codicil.* ergo codicilli confecti post testamentum nulliter confectum valent. Hanc verò sententiam intelligo pro casu, quo codicillator sciebat testamentum esse confectum nulliter, vt absque sufficienti testium numero, vel cum alio defectu substantiali ab eo non ignorato. Nam si putabat testamentum esse legitimè conditum, solùm intelligitur voluisse in codicillis rogare, seu grauare hæredem in testamento scriptum: vt autem codicilli valeant vt confecti ab intestato, opus est vt in eis censeantur rogati hæredes ab intestato venientes vt patet *ex d. l.* 3. *in princ.* & *d. l. Ab intestato, ff. de Iure codicil.* & ita prædictam sententiam videtur intelligere Menoch. *loco citat.* cum DD. quos refert; quia loquitur quando codicillator confirmat in codicillis testamentum nulliter factum.

397 Aduerte tamen, quando testator confirmauit in codicillis testamentum nulliter confectum, debere venientes ab intestato restituere hæreditatem hæredi scripto in testamento, detractâ Trebellianicâ, vt est text. *in l.* 2. §. *fin ff de Iur. codicil* Efficit enim talis confirmatio, vt relicta in tali testamento valeant, & peti posśint jure codicillorum, *l* 1. *Cod. de Codicil.* Si autem non confirmauit testamentum, sed tantùm confecit simpliciter codicillos, postquam nouit testamentum esse nulliter factum, non debentur à venientibus ab intestato, nisi ea quæ in codicillis scripta sunt; quia solùm quoad ea sunt rogati à testatore.

398 Intellige tandem dictam principalem resolutionem, vt non procedat in codicillis, qui non possunt sortiri effectum, subsistente testamento. Valent enim, & sustinentur tales codicilli testamento non subsistente, vt cum Baldo notat Imola *in l. Qui filio*, 38. §. 1. *num.* 2. *vers. In ea glossa, ff. de Hæred. instit.* & Mantica *lib.* 6. *de Conjectur. vlt. volunt. tit.* 4. *sub num.* 12. Quod probatur, & declaratur in casu, quo quis proprium seruum hæredem testamento instituerct, sub conditione, si intra Calendas Decembris decem dedisset; & postea ei legaret libertatem purè in codicillis. Tunc enim si seruus conditionem impleat, & sic testamentum subsistat, non habet locum libertas in codicillis legata; quia eo ipso quod quis suum seruum hæredem facit, censetur libertatem illi concedere, *l. penult. in princ. Cod. de Necessar. seru. hæred. instit.* §. *Idem quoque juris, Inst. Quibus ex caus. manumit. non lic.* Et ita non manet locus, vt ex codicillis obtineatur. Si autem conditionem non impleat, & sic testamentum euanescat, tunc libertas ex codicillis obtinetur vt probat text. *in d. l. Qui filio* §. 1. & assignat rationem Imola, *citat.* quia cùm libertas ex codicillis non haberet locùm subsistente testamento, intelligi debet relicta in codicillis pro casu, quo testamentum non haberet effectum, & sic à venientibus ab intestato, ne videatur testator eam frustratoriè legasse.

Nota secundo, siue codicilli sint facti 399 ab intestato, siue ab eo qui testamentum condidit, non debentur legata & fideicommissa in eis relicta, nisi adita sit hæreditas. Ita communis DD. Quia in primis quando codicilli sunt facti, condito testamento, constat nullius esse momenti fideicommissa ex talibus codicillis, si hæreditas ex testamento adita non sit, per text. expressum *in l. Siquis cùm testamentum*, 3. §. *vlt. ff. de Iure codicil.* vbi Gloss. rationem reddit, quia condito testamento videntur in codicillis rogari hæredes scripti: ergo eis non adeuntibus, deficit fideicommissum. Vnde nec venientes ab intestato, qui tunc hæreditatem adiuerint, & obtinuerint, illud præstare tenentur, vt probat Mantica *de Conject. vltim. volunt. lib.* 6. *titul.* 4. *numer.* 13. & *lib.* 8. *titul.* 2. *numer.* 9. *vers. Sed considera.*

Deinde, quando codicilli sunt facti 400 ab intestato, seu ita vt venientes ab intestato in eis rogati sint, hoc ipsum dicendum esse, ideſt, non deberi in

eis relicta, si hæreditas adita non sit, tenent Glossa *in l. Qui filio*, 38. §. *Seruus*, *verbo*, *licèt*, & ibidem Barthol. *num.* 2. *ff. de Hæred. instit.* Baldus *in l. Hac consultissima*, 21. §. *Siquis autem*, *Cod. de Testament.* Iason *in l. Eam quam*, 14. *num.* 13. *Cod de Fideicommiss.* Anton. Gom. *tom.* 1. *Var. resol. cap.* 12. *num.* 11. Couar. *in cap. Raynaldus*, §. 3. *num.* 8. *de Testam.* vbi plures refert Iacobinus de S Georgio *in Auth. Ex causa*, *num.* 24. *Cod. de Liber. præter.* Menchaca *lib.* 3. *de Success. progres.* §. 30. *num.* 42. & 62. Pichar. *Inst. de Eo, cui libert. caus. bon. addic. in princ. num.* 48. Azeuedus plurimos referens *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5 *Nou. recopil. n.* 120. (Qui duo postremi DD. addunt cum Couar. *supra*, *num.* 9. & Boer. hoc verum esse, quantumuis testator dicat, quod legata debeantur hæreditate non adita) & cæteri communiter per *l.* 2. & 4. *ff. de Fideicommissar. libert.* Et est ratio, quia obligatio soluendi legata oritur ex quasi contractu, quo hæres adeundo hæreditatem contrahere censetur cum legatarijs, *l.* 3. & 4. *ff. Quibus ex caus. in possessionem eatur*, §. *Hæres quoque & ibi Glossa Inst. de Obligat. quæ ex quasi contractu.* Vnde sublata aditione, talis obligatio non insurgit: neque est, quem legatarij, vel fideicommissarij conuenire possint.

401 Hinc fit primò, vt si nemine hæreditatem adeunte, Fiscus bona vacantia occupet juxta *l.* 1. *Cod. de Bonis vacant. lib.* 10. non teneri Fiscum ad legata & fideicommissa, quæ defunctus reliquit, vt docent Iason *vbi supra*, Paul. Castr. *in d. l. Eam quam*, *col.* 2. *Cod. de Fideicommiss.* Ioan. de Imola *in l. Quidam testamento*, 99. §. *Quoties*, *ff. de Leg.* 1. Ioan. Faber *in* §. 1. *Inst. de Eo, cui lib. caus. bon. addic.* & multi alij, quos citant, & sequuntur Peregr. *de Iure Fisci lib.* 4. *tit.* 3. *num.* 26. & *seq.* & *tract. de Fideicommissis*, *art.* 2. *num.* 40. Fusar. *de Substit. q.* 566. *num.* 28. & Azeued. *vbi supra*, *num.* 140. Pro qua sententia est textus satis apertus *in l. Quod Diuo*, 50. *ff. de Manumiss. testam.* & *in d. l.* 4. §. *Ead. constitutio*, *ff. de Fideicommissar. libert.* quatenus ibi dicitur, si Fiscus vendicet bona defuncti vacantia, cessare Constitutionem *D. Marci*, qua pro conseruandis libertatibus fideicommissarijs prouisum est, vt quando nemo ex testamento, vel ab intestato hæreditatem adit, addicantur bona alicui id petenti, & idoneè creditoribus cauenti; atque per hunc libertates præstentur. Inde enim efficaciter arguitur, quòd Fiscus occupans bona defuncti, eoquod nemine adeunte vacant, non tenetur præstare libertates fideicommissarias; atque adeò, & à fortiori neque alia fideicommissa, quæ sunt minùs fauorabilia.

Video responderi posse cum Pichar. 402 *vbi supra*, *num.* 60. propterea in dictis *ll.* dici cessare illam Constitutionem in casu proposito, quod tunc, etiam seclusâ bonorum addictione per illam Constitutionem concessâ, libertates, & cætera fideicommissa à Fisco præstari debent jure ordinario, vt per leges, quas idem Pichar. adducit. At hęc responsio refellitur *ex d. l.* 4. *in d.* §. *Eadem*, *junctâ Gloss. ibidem*, vbi dicitur, si Fiscus bona vacantia admiserit ex dicta Constitutione, idest, per addictionem in dicta Constitutione concessam, libertates competere; scilicet fauore illius Constitutionis: vnde cùm is fauor solummodo sit concessus pro casibus, in quibus aliàs fideicommissariæ libertates interirent; planum est, quòd si Fiscus occupet dicta bona vacantia, non ex addictione conseruandarum libertatum causâ, sed ob aliam rationem, vt quia caduca, vel vacantia, tales libertates non debentur. Et hoc ipsum significatur in eodem §. *Eadem*, dum ibidem additur, si Fiscus alia ratione illa bona accipiat, cessare debere dictam Constitutionem, vt si ea accipiat vt caduca. Si autem libertates in tali casu non debentur, idem à fortiori est de alijs fideicommissis, vt per se constat.

Ratio autem traditæ resolutionis est, quia Fiscus nen capit dicta bona vacantia 403 vti hæres, vt bene cum Barth. & alijs tradit Peregrin. *d. tit.* 3. *sub num.* 22. *vers. Interdum verò*, Pichar. *Inst. de Eo, cui libert. caus. bona addic. in princip. num.* 52. & 56.

&

& Azeued. *in d.l.1.numer.* 141. *per l.1.§. An bona,ff. de Iure Fiſci,& d.l.*1. *Cod. de Bon. vacant. lib.* 10. quanuis oppoſitum habeat Gloſſ. vlt. *in l.Ex facto §. vlt. ff. Ad Trebel.* deficiente autem, qui capiat vt hęres, ſeu qui hæreditatem adeat,non debentur legata & fideicommiſſa, ſiue in teſtamento, ſiue in codicillis relicta, vt probatum eſt.

404 Non deſunt tamen, qui contrarium ſentiant, ſcilicet deberi à Fiſco legata, & fideicommiſſa, quando nemine hæreditatem adeunte, bona vacantia occupat. Ita ſentiunt Bald. *in d.l. Eam quam,* 14. *col.3.verſ. Item Quæritur, Cod.de Fideicommiſſ.* Paul.Caſtr. *in d l.Quidam teſtamento,* 99. *§.Quoties, ff. de Leg.* 1. Salicet. *in l.vnica, §.penult.num.* 39. *Cod.de Caduc. toll.* Alex. *in Addit.ad Barth. in d.§.Quoties,& in l.1.num.7.Cod.de Bon. vac.lib.*10. Pichaſ. *vbi ſupra, numer.* 59. dicens id eſſe certiſſimum & alij per tex. *in l.Non intelligitur,* 3. *§. Cùm ex cauſa, ff.de Iure Fiſci,& in l. Etiam ſi tacitum,* 3. *Cod.Ad leg. Falcid. & in l. Cum Fiſco,* 9. *§.Ad Syllam, & in l. Recuſare,*6 *§. Si Fiſco,ff. Ad Trebel.& in d.§.Quoties, cum ſimil.* In quibus textibus bona vacantia & caduca deueniunt ad Fiſcum cum onere legatorum, & fideicommiſſorum.

405 At his non obſtantibus, prior ſententia vt communior, ac longè verior retinenda eſt. Atque ad textus,qui pro contraria offeruntur, reſpondetur eos procedere, quando hæres propter crimen ab hæreditate excluditur,eáque de cauſa bona deueniunt ad Fiſcum. Enimverò tex. *in d §.Cùm ex cauſa, & in d. l. Etiam ſi tacitum* expreſsè loquuntur, quando hæres excluditur vt indignus, eoquod tacitè admiſerit onus ſoluendi fideicommiſſum relictum incapaci. Textus etiam *in d l.Cum Fiſco,* expreſsè loquitur, quando bona defuncti auferuntur hæredibus propter inultam mortem teſtatoris. Et in hac ipſa ſpecie loquitur textus *in d. §. Si Fiſco,* vt illum intelligit Gloſſa, colligens hunc ſenſum ex illis verbis. *Quaſi vindicauerit, ſic Fiſcum reſtitutionem facere,* quæ ita exponit: quaſi Fiſcus vindicauerit necem defuncti, quod hęres omiſerat, ſic debere loco hæredis cogi agnoſcere hæreditatem cum onere reſtituendi fideicommiſſum. Text. denique *in d §. Quoties,* loquitur tantùm in caſu, quo bona fiunt vacantia ob crimen hæredis, quod per L. Iuliam bonorum publicatione punitur, vt latè declarat Ioan. de Imola *ibidem.*

406 Communis autem ſententia, quam ſequimur, procedit quando Fiſcus nullo habito reſpectu ad crimen, vel indignitatem alicujus hæredis, bona defuncti occupat, quia ſunt vacantia, eoquod nemo ſit qui poſsit, & velit eſſe hæres: non autem quando ea occupat propter crimen hæredis: in quo caſu omnes per prædicta jura admittunt, teneri Fiſcum ad legata & fideicommiſſa, quæ ipſe hęres præſtare cogeretur: idque ſiue hæres adiuerit, ſiue non. Nam ſi adiuit, hoc ipſo confirmauit legata & fideicommiſſa: ſi autem adire omiſit præſumitur id feciſſe,ne Fiſcus ab eo auferret hæreditatem:quod non debet nocere legatarijs & fideicommiſſarijs, ſicut non nocet Fiſco, qui tunc bona occupat perinde ac ſi hæres adjiſſet. Vnde in hoc euentu non obſtat generalis doctrina ſupra tradita, quòd legata & fideicommiſſa non debentur,ſi hæreditas adita non ſit. Quia dicta bona non occupantur vt vacantia, ſed quaſi hęreditas fuiſſet adita, & illa ab ipſo hærede auferrentur: quod perinde eſt,ac ſi vera aditio interueniſſet Quæ omnia colligo exGloſſa *in d. §. Si Fiſco lit. K.* Joan. de Imola, *in d.§.Quoties,* Paul. Caſtr. *in d l. Eam, quam,* 14. *col.* 3. *Cod.de Fideicommiſsis,* & ex Jaſon. *ibid.num.*13.

407 Fit ſecundò, nulliter agere eos, qui nullis inſtitutis hęredibus, nec rogatis ab inteſtato venientibus, omnem ſuam hæreditatem legatis exhauriunt, & certos deputant executores, qui ea legata præſtent. Quia in tali caſu nullus eſt hæres grauatus, qui aditione hæreditatis illa legata confirmet: conſtat autem ex dictis, non valere legata, ſi hæreditas non adeatur. Et ita non valere legata in caſu pro-

posito docet in specie Pichard. *Inst. de Eo, cui libert. causa bona addicuntur, in princip. num.* 49. cum Joan. Fabro *ibidem, num.* 1.

408 Aduerte autem non deesse, qui oppositum admittant; eo fundamento, quòd executores deputati ad distribuendam vniuersam hæreditatem habent vicem hæredis, quando nullus alius hæres scriptus est, per text. *in l. Nulli,* 28. *& l. Siquis ad declinandam,* 38. *Cod. de Episc. & cler.* vnde si illi acceptent, id sufficiet loco aditionis, vt legata confirmentur. Ita judicauit Senatus Lusitanus teste Valasco, *consult.* 68. *num.* 3. credens esse sententiam Bartholi, & communem: Et idem allegato Bartholo admittit Angel. Aretin. *Inst. de Eo, cui libert. caus. bon. addic. in princip. num.* 1. *in fine.* Hanc tamen dicendi rationem merito improbat idem Valasc. & Molina *tom.* 1. *de Iust. disp.* 248. *num* 2. Nam licèt Barth. & plures alij DD. quos longo ordine refert Valasc. *num.* 4. doceant, executores vniuersales datos in testamento habere vicem hæredis, omnes loquuntur quando testamentum est conditum ad pias causas, de quo tantùm procedit *d. l. Nulli, & d. l. Siquis ad declinandam,* vt etiam aduertit Pichar. *supra, num.* 50. Nec præter Angel. *supra, citat.* alium reperi scriptorem, qui ad causas non pias id extenderet: & quidem talis extensio nullum in jure habet fundamentum: nec eam idem Senatus Lusitanus admisit in alia decisione, quam adducit, & approbat Gama *decis.* 196. licèt aliqui contradixerint.

409 Aduerte præterea, prædictam resolutionem procedere, quando constat defunctum voluisse, vt legitimis hæredibus exclusis, tota sua hæreditas assumeretur, & distribueretur per executores. Nam si de hoc non constet, præsumendum erit cum voluisse codicillari, juxta regulam *§. sequenti,* explicandam, quòd quando disponens non instituit hæredem, sed solùm facit legata, & fideicommissa, intelligitur voluisse facere codicillum: & ita censebitur vocasse hæredes ab intestato, & legata ab eis reliquisse, nihil obstante, quod executores ad ea exequenda nominauerit: ac proinde valida erunt ejusmodi legata, vt in specie judicauit Senatus Lusitanus teste Gama, qui in eadem fuit sententia *d. decis.* 196. *ante num.* 1. Intelligendum vero id est, dummodo ipsi venientes ab intestato hæreditatem adiuerint. Nam si non adeant, corruent profectò legata; vt ex dictis patet. Si autem sufficienter constet quòd defunctus voluit excludere venientes ab intestato, vt si id expressit, vel executoribus omnimodam facultatem dedit capiendi, & distribuendi totam hæreditatem, tunc licèt venientes ab intestato ipsam hæreditatem adeant, non debentur ab eis legata, vel fideicommissa; cùm in illa dispositione non fuerint rogati, sed simpliciter exclusi, neque ex volũtate defuncti quidquam accipiant sed solùm ex lege, quæ nullum onus eis imponit. Ita loquendo de fideicommisso vniuersali docet cum Barth. & alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 7. *&* 8. *per l. Sed & si sic,* 5. *ff. de Legat.* 3. quæ etiam in legatis, & fideicommissis particularibus procedit.

Fit tertiò, quando bona defuncti conseruandarum libertatum causâ alicui addicuntur, eoquod nullus hæres, vel ex testamento, vel ab intestato, vult adire hæreditatem, non deberi tunc legata & fideicommissa, præter libertates, quarum causâ addictio facta est. Ita Menchaca *lib.* 3. *de Success. progress. §.* 30. *n.* 42. *per text. in §.* 1. *&* 2. *Inst. de Eo, cui libert. caus. bon. addic.* Ratio est, quia vt ex dictis constat, legata & fideicommissa non debentur, quando hæreditas non aditur: in præsenti autem casu, licèt illa bonorum addictio admittatur loco aditionis, id fit ex peculiari priuilegio libertatum dũtaxat conseruandarum causâ, quod ad alia legata & fideicommissa minùs fauorabilia nullo jure extenditur. 410

Limitanda verò est præfata resolutio in legatis pijs. Hæc enim valent, & impleri debent, licèt hæreditas neque ex testamento, neque ab intestato adeatur: & quod plus est, licèt bona defuncti nemini addicantur, à quo talia legata peti pos- 411

possint, vt multis relatis DD. tradidimus *sect. praeced. §. vlt. num.* 364. quidquid in contrarium sentiat Pichard. *Inst. de Eo, cui libert. causa bon. addic. in princip. n.* 62. Neque hinc sequitur, superuacaneè fuisse introductam bonorum addictionem pro conseruandis libertatibus legatis, & fideicommissarijs, quæ piæ dici solent. Nam licèt libertas in multis æquiparetur causæ piæ, simpliciter, tamen causa pia non est, vt benè idem Pichar. *num.* 63. cum Gregor. Lop. aduertit, & nos alibi explicuimus, prèterquam si fuerit concessa intuitu pietatis, seu pro amore Dei. In quo casu fatendum est non esse necessariam addictionem, vt conseruari debeat officio judicis quemadmodum cætera legata pia.

412 Nota tertiò. Vt codicilli ante, vel post testamentum confecti valeant, necessarium non est quòd testamento confirmentur, sed semper intelliguntur confirmati, eo ipso quòd non apparet testatorem recessisse à voluntate in eis expressa, quamuis aliter quondam se res haberet quoad codicillos ante testamentum factos. Ita Glos. *in l. Ante, 5. ff. de Iure codicil. & in l. Siue initio, 6. vers. Siue, Cod. de Codicillis, per text.* expressum *in §. Non tantum, Inst. de Codicillis, & ibi omnes.*

413 Non parum tamen aliquando interest esse codicillos expresè confirmatos testamento. Inde enim peculiare robur accipiunt, vt patet *ex l. Libertates, 43. ff. de Manumis. testament.* & *ex l. 3. ff. de Testament. tutela*, in quibus habetur libertatem directam, & tutelam non posse dari codicillis, nisi sint confirmati testamento, scilicet expresè. Adhæc, licèt constans & expressum in jure sit, non posse hæreditatem dari directò in codicillis, id tamen fallit in codicillis expresè testamento confirmatis, vt docet Pichar. *§. Codicillis autem, num. 5. Inst. de Codicillis*, per text. *in l. Asse toto, 77. ff. de Hæred. instit.* vbi cùm quis ita dixit in testamento, *quem hæredem codicillis fecero hæres esto*, si postea in codicillis Titium hæredem instituit, talis institutio valet. Et redditur ibidem ratio: *Quod licèt codicillis dari hæreditas non possit, tamen hæc ex testamento data videatur.* Quæ ratio militat, siue codicilli sint confirmati testamento antea facto, siue facto postea: quia eadem est vis confirmationis per sequens testamentum, atque per antecedens, vt habetur, *d. l. Siue, 6. Cod. de Codicil.* Et quod asseritur de institutione hæredis, dicendum similiter de ademptione hæreditatis, & de cæteris quæ non possunt fieri, nisi per testamentum, scilicet, hæc etiam valere in codicillis facta, si testamento expresè confirmentur, vt cum Cyn. Paul. de Castr. & Alex. *in d. l. Siue*, tradit Simon de Præt. *lib. 2. de Interpret. vlt. volunt. intepretat. 1. dub. 1. solut. 10. num. 13.* Nam in his omnibus militat prædicta ratio, quòd tali confirmatione adhibita, censentur facta per testamentum, & ex illo valorem accipiunt.

Hanc verò resolutionem intelligendam censeo, quando prædicta in codicillis contenta specialiter confirmantur testamento, vt in casu *d. l. Asse toto*, vel etiam quando testator sufficienter aliàs declarauerit in testamento, se velle vt disposita in codicillis valeant ex vi illius testamenti, ac si in eo inserta essent: vt dicendo: *Quæ in codicillis scripsi, vel scripturus sum, volo vt valeant ac si hoc ipso testamento exprimerentur, vel vt habeant vim ex hoc ipso testamento*: aut quid simile. Non autem quando id non declarauerit, vt cùm simpliciter dixerit: *Seruari volo quæ scripsi, vel scripsero in codicillis.* Nam tunc debet intelligi solùm velle vt valeant jure codicillorum; quia simplex confirmatio cujusque actus non extrahit illum à propria ratione talis actus, vnde cùm prædicta non possint valere jure codicillorum, sed solùm ex testamento, sequitur non sufficere ad eorum valorem illam simplicem confirmationem, sed requiri aliam qua testator sufficienter declaret, se velle vt valeant jure testamenti, ad eum scilicet modum, quo supra *sect. 4. §. 4.* diximus, si testator in peculiari schedula scribat institutionem hæredis, valere eam institutionem, 414

si

si in testamento dicat, se velle vt institutio, quæ in tali schedula reperietur, perinde valeat, ac si in ipso testamento scripta esset. Quo eodem exemplo vtitur Pichar. *supra*, ad præfatam sententiam declarandam & confirmandam,

415 Hinc vlteriùs addendum, quamuis ea quæ fiunt in codicillis non confirmatis testamento valeant ex tempore, quo codicilli facti sunt, nec in eis attendatur têpus testamenti, vt constat *ex l.2. in princip. & §.1, ff. de Iure codicil.* & notat Glos. ibi, *verbo, Pro non scripto*, & Glos. vltim. *in d. l. Siue initio, Cod. de Codicil.* estque communis sententia: attamen quæ expressè confirmata sunt per testamentum, supposito quòd valeant juxta proximè dicta, referuntur ad tempus ipsius testamenti, siquidem in hac suppositione totam suam vim habent ex testamento, & non jure codicillorum. Ita Simon de Prætis *vbi supra*, cum Fulgosio *in d. l. Siue, Cod. de Codicil.*

416 Addo præterea, quando codicilli ita fuerint testamento confirmati, vt jure testamenti vim habeant, quemadmodum supra declaratum est, non requiri ad eorum valorem, quod sint facti cum solemnitatibus aut quasi solemnitatibus, quæ pro codicillis postulantur, de quibus § 4. agendum est, sed sufficere, quòd certò constet esse illosmet qui testamento confirmati sunt, sicut de schedula ad quam testator se in testamento remitteret, *loco supra citat.* dictum est. Ratio patet, quia cùm tales codicilli, seu in eo contenta, vim habeant ex testamento, & jure testamenti tanquam in eo disposita, sufficit ad eorum valorem quòd testamentum fuerit validum, & de illis constet esse illa ipsa quæ in eo sunt confirmata, licèt codicilli, vbi sunt scripta, non sint solemnes, quia eorum solemnitas solùm esset necessaria vt valerent proprio codicillorum jure, quod in præsenti non postulatur.

517 Nota quartò. Licèt jure codicillorum non possit dari hæreditas directò; attamen si quis volens codicillum facere directam institutionem hæredis in eo scripsit, talis institutio non est inutilis, sed obliquatur, & valet jure fideicommissi. Sic Anton. Gom. *in l. 3. Tauri, num.* 86. Menchac. *de Success. creat. lib.* 3. *§.* 25. Mantica *de Coniect. vltim. volunt. lib.* 6. *tit.* 4 *num.* 14 Molina *de Primogen. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 38 Molin. Theol. *disp.* 124. *num.* 8. Pichard. *in §. Codicillis autem, num.* 19. *Inst. de Codicil.* & cæteri communiter per text. *in l. 2. §. fin.* ibi: *Sed ex fideicommisso petitur, ff. de Iure codicil.* & text. *in l. Scæuola, 76. ff. ad Trebel. & in l. Cùm quis decedens, 35 ff. de Leg. 3.*

Vnde colliges primò, si quis post testamentum legitimè factum, faciat codicillos, quibus Titium hæredem instituat, teneri hæredem in testamento scriptum restituere illi hæreditatem jure fideicommissi. Et similiter, si quis nullo facto testamento hæredem in codicillis instituit, teneri hæredes ab intestato ei restituere hæreditatem. Quia in vtroque casu directa institutio codicillis facta trahitur ad fideicommissum, & consequenter censentur hæredes defuncti grauati hæreditatem restituere illi instituto in codicillis, detractâ quartâ Trebellianicâ. Sic Anton. Gom. *d. num.* 86. *& seq.* vterque Mol. *vbi supra*, & communis. 418

Colliges secundò, quando hæreditas inutiliter data esset testamento, si tale testamentum codicillis confirmetur trahi ad fideicommissum, & teneri hæredes ab intestato hæreditatem restituere hæredi scripto in testamento, detractâ quartâ Trebellianicâ. Sic Mol. Theol. *supra*, & est textus expressus *in d. l. 2. §. vltim. ff. de Iure codicil. & in l. 2. Cod. de Codicil.* Quod intellige, quando testamentum erat inutile ob defectum solemnitatis, vt notat Glos. *in d. §. vlt.* vel si ruptum fuerat agnatione posthumi, in qua specie loquitur *d. l. 2. Cod. de Codicil.* Vnde idem dicendum erit, si compertum fuit nullum ob injustam exhæredationem, vel præteritionem filij, cùm eadem sit ratio. 419

Colliges tertiò, quando quis directam substitutionem in codicillis fecit, conuerti similiter in Fideicommissariam, seu Indi- 420

directam. Quod etiam procedit in substitutione Pupillari, vt est textus expressus & capitalis *in d.l.Scæuola*, vbi substitutio Pupillaris directa in codicillis facta trahitur ad fideicommissum, quo hæredes ab intestato impuberis demortui substituto obligantur. Ita cum communi Molina Theol. *d.disp.* 124. *num.* 8. & latiùs *disp.* 181. *num.* 13. vbi ex Emmanuele à Costa *in c.Si pater,p.3.vers.Interdum,* satis vtiliter declarat, quomodo id se habeat inPupillari substitutione.

21 Hæc omnia procedunt, quando constat defunctum voluisse codicillari. Nam si intelligatur voluisse facere testamentum, & solùm adhibuit solemnitatem codicillorum, talis voluntas neque vt testamentum, neque vt codicillus valet: Non vt testamentum, quia deest solemnitas requisita: non vt codicillus, quia deest voluntas. Nam cùm quis intelligitur voluisse testari, non censetur voluisse codicillari, nisi clausulam codicillarem adjecerit; *l.1 ff. de Iure codicil. & l. vlt. Cod. de Codicillis.* Quod etiam constat *ex l. Non codicillum,* 14. *Cod. de Testament.* Et ita docent omnes, ac nominatim Anton. Gom. *in l.3.Tauri, num.72. per tex. in d. l. 1. & in l. Cohæredi, §. Cum filiæ vers. Quæ ita, ff. de Vulgari, & in l.fin. vers. Illud quoque, Cod. de Condition.*& Menchaca, *lib 3 de Success. progressu, §.* 30.*num.* 38. Quamobrem satis vtilis, & necessaria hoc loco est inuestigatio, vndenam dignosci possit, quem voluisse facere testamentum, vel codicillos. Cui quæstioni *sequenti, §.* satisfiet.

§. 3. *Vnde dignoscatur, an quis voluerit facere testamentum, vel codicillos?*

SUMMARIUM.

QVando quis aliquem hæredem instituit, vel exhæredauit, probatur euidenter voluisse facere testamentum; *num.*422.

Ampliatur 1. *præfata regula, vt procedat, etiamsi deficiat solemnitas ad valorem testamenti necessaria, & interueniat quæ sufficit ad codicillum, licèt dispositio reddatur nulla; num.*423.

Quomodo intelligatur illud vulgatum, Quod in dubio capienda est illa cõjectura,quæ facit actum valere? *Et illud,* Quod actus valet eo modo quo potest? *num.*424.

Ampliatur 2. *vt procedat etiam quando instituens hæredem cum integra solemnitate ad testamentum requisitâ, dixit se facere codicillum, vel eam dispositionem appellauit codicillum; num.* 425. *Extenditur hæc ampliatio ad casum, quo disponens jam fecerat testamentum; ibid.*

*Arguitur efficaciter contra prædictam ampliationem, quando non constat quòd testator per errorem testamentum appellauit codicillum; numer.*426. *& seqq. Sententia Auctoris; n.*428.

Quid, quando is qui instituit hæredem, & testamenti solemnitatem adhibuit, dixit, se velle vt illa sua dispositio valeret jure codicillorum? num. 429. *& seq.*

*Quando quis non instituit hæredem, sed tantùm fecit legata & fideicommissa, intelligitur voluisse codicillari, non verò testari. Idque licèt adhibuerit testes necessarios ad solemnitatem testamenti, & coram eis appellauerit illam suam dispositionem testamentũ; num.*431.

Quando alicui esset aliquid concessum cum facultate relinquendi illud cui vellet in suo testamento, potest illud relinquere in codicillo; ibid.

Quid quando disponens vsus est verbis communibus, seu indifferentibus tam ad significandam institutionem hæredis quam fideicommissum? num. 432. *cum seqq.*

*Verba communia rebus certis adjecta non inducunt institutionem: secus verò si adjiciantur vniuersitati bonorum; numer.*433.

DUæ hac in re sunt regulæ, seu conjecturæ principales. Prima est, 422 quan-

quando quis aliquem hæredem instituit, vel exhæredauit, probatur euidenter voluisse facere testamentum, non codicillum. Sic expressè habetur *in d. l. Non codicillum*, 14. *Cod. de Testam.* Et patet ratione, siquidem institutio & exhæredatio non potest fieri codicillis, sed solùm testamento, vt ex superioribus constat: & sic cùm quis institutionem, aut exhæredationem fecit, clarè deprehenditur, non codicillum, sed testamentum condere voluisse.

423 Ampliatur hæc regula primò, vt procedat, etiam si deficiat solemnitas ad valorem testamenti necessaria, & interueniat quæ sufficit ad codicillum. Ita sentiunt Barth. *in l. 2. circa med. vers. Ista responsio, Cod. de Bonor. possess. secundum tabulas*, & plures alij, quos citant, & sequuntur Mantica *lib. 2. de Conjectur. vlt. vol. tit. 3. n. 1.* & Menoch. *lib. 4. de Præsumpt. præsumpt. 3. num. 3.* qui declarant hoc intelligi, licèt dispositio reddatur prorsus nulla, quòd scilicet neque sustinenda sit vt testamentum ob defectum solemnitatis, neque vt codicillus ob defectum voluntatis. Fundamentum est, quia licèt ex interuentu solemnitatis ad codicillum requisitæ videatur posse argui, testatorem voluisse codicillari: attamen hæredis institutio, quæ in tali dispositione reperitur, validiorem facit conjecturam, quòd testari voluerit: cùm institutio sit de substantia testamenti; & conjectura, quæ sumitur ex substantia, prævalere debeat ei, quæ oritur ex solemnitate.

Neque obstat, quòd in dubio capienda est illa conjectura, quæ facit actum valere, *l. Quoties, ff. de Rebus dub. & l. Quoties ff. de Verbor. oblig. & reg. 68. ff. de Regul. jur.* Nam ad hoc bene cum alijs respondet Mantica *sup. num. 2.* id procedere de conjectura, quæ facit actum valere eo modo quo fuit actum, & non diuerso modo, vt in præsenti eueniret, cùm ex institutione hæredis euidenter probetur defunctum voluisse testari; & illa alia conjectura tendat ad inducendum codicillum. Vnde hìc etiam non valet illud vulgare proloquium. *Actus valet eo modo, quo potest.* Nam vt relatis multis tradit Simon de Prætis *loco infra citat. num. 9.* illud proloquium intelligitur, nisi agens expressè contrarium sentiat, & nisi contrario, vel diuerso modo, sed simili modo actus valere potest. Addo ex eodem Mantica, *num. 3.* hoc ipso quod testator omisit debitas solemnitates, præsumi voluisse actum clusorium facere.

Ampliatur secundò, vt etiam procedat, quando instituens hæredem cum integra solemnitate ad testamentum requisitâ, dixit, se facere codicillum, vel eam dispositionem appellauit codicillum. 425 Quòd tunc etiam ex institutione hæredis fortior capiatur conjectura, eum testari voluisse. Ita docent multi quos citant, & sequuntur Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vlt. vol. interpret. 1. dub. 1. solut. 10. num. 4.* Mantica, *d. tit. 3. num. 6.* & Menoch. *d. præsumpt. 3. sub num. 1. & consil. 1020. num. 8. lib. 11.* Qui addunt idem à fortiori dicendum, quando notarius, qui talem voluntatem scripsit, eam appellauit codicillos, Et idem erit, quando ipse disponens illam suam dispositionem appellasset contractum, vt si rogauit testes, dicendo, *Adeste huic meo contractui, &c.* Sic cum alijs Mantica, *supra*, & Menoch. *sub. d. num. 1.* Fundamenum totius ampliationis est, quia magis quis creditur eum actum fecisse, cujus substantiam posuit, quàm cujus nomen expressit, vt colligitur, ex *d. l. Non codicillum.* Neque actus qui geritur ex nomine cognoscitur, sed ex forma & qualitate, ex qua ejus essentia demonstratur, *l. Insulam. ff. de Præsumptis verbis, l. Si vno, in princip. ff. Locati.* Hanc ampliationem extendunt aliqui, vt locum etiam habeat, quando disponens jam fecerat testamentum; itaut etiam in tali casu non obstet, eum expressè dicere, se facere codicillum, quominus per eam dispositionem, supposito quòd hæredem in ea instituit, & solemnitatem testamenti adhibuit, intelligatur testari, & reuocare testamentum antea factum, quamuis illud expressè non reuocet. Sic cum Socino, & Alciato Mantica *d. tit. 3. num. 11.*

Cæ-

426 Cæterùm quamuis prædicta ampliatio videatur communiter recepta, tamen si intelligatur, vt eam intelligunt DD allegati, vt nimirum solemnis institutio hæredis reperta in dispositione præbeat sufficientem conjecturam, quòd disponens voluerit testari, non obstante quòd simpliciter & expressè dixerit, se facere codicillum, nec aliunde constet, eum per errorem sic appellasse, difficultate non caret ex ijs quæ in oppositum latè adducit Mantica, *d. tit.* 3. *numer.* 5. Quorum summa est, quod actus agentium non debent operari vltra eorum intentionem; *l. Non omnis, ff. Si cert. pet. cap. Cùm super Abbatia, de Offic. deleg.* Intentio autem ex verbis manifestatur; siquidem non præsumitur quis dicere, quod priùs mente non agitauerit, *l. Labeo, ff. de Supel. leg.* Unde cùm in præsenti casu ex verbis disponentis appareat eum voluisse codicillari, non debet capi præsumptio ex institutione, quòd voluerit testari. Nam quando ex verbis defuncti apertè constat de ejus voluntate, non debet esse locus conjecturis in contrarium, *l. Continuus, §. Cum ita, ff. de Verb. oblig.* & ita pro hâc parte stant clarè multi DD. quos refert idem Mantica, inter quos Baldus, *in l. Filijs, num.* 7. *Cod. Famil. ercisc.* in fortioribus terminis concludit, quòd quãdo tabellio dicit, disponentem voluisse codicillari, tunc hæredis institutio non facit testamentum, etiam inter liberos.

427 Stat etiam pro hac ipsa parte Molina, *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 8. *num.* 34. contendens acriter, quòd cum quis dixit, se facere codicillum, quamuis heredem instituat, non debere censeri facere testamentum, sed codicillum: nisi eam dispositionem sic appellasset per errorem: quo casu fatetur, *num.* 35 & citra dubium est, nihil talem appellationem obstare quominus censendum sit testamentum, per text. *in l. Imperator,* 1. *ff. de Statu hom. & in l. Errore, vbi scribentes, Cod. de Testament. & in l. Plautius, ff. de Auro, & arg. cum similibus.* Addit verò *numer.* 36. eum errorem in dubio non præsumi, sed aliunde clarè & præcisè probandum esse, vt per Angel. *in dict. l. Errore, in princ.* Bald. *in d. l. Imperator, in princip.* & alios: neque ad talem probationem sufficere, quod in dispositione reperiatur institutio hæredis; quòd hæc non operetur correctionem dispositionis claræ & expressæ, sed tantùm declarationem actus dubij, quando scilicet dubitatur, an disponens voluerit testari, vt per Bald. Barth. & alios quos idem Molin. refert, *d. num.* 34.

Hanc opinionem sequitur etiam alter Molina, *disput.* 131. *fine*, eaque mihi placet, præsertim quando disponens erat doctus aut ita instructus, vt verosimile non sit, eum ignorasse testamentum à codicillis differre, & aliud esse testari, aliud codicillari. Jam verò si disponens expressè adjecit, se velle facere codicillum, non obstante hæredis institutione, tunc citra dubium est, eum non voluisse testari, sed codicillari, vt fatetur Mantica *dict. titul.* 3. *numer.* 6. & idem cum communi dicendum, quando quis facto solemni testamento, adjecit, se nolle vt valeat in vim testamenti, sed tantùm in vim codicillorum; quamuis contrarium tueatur Menchaca, vt ipse profitetur *lib.* 3. *de Success. progres. §.* 30. *numer.* 34. Illud etiam notandum, si is qui hæredem instituit, solùm adhibuit solemnitatem codicillorum, & dixit, se facere codicillum, in tali casu ab omnibus supponi, quòd non debet censeri voluisse testari, sed codicillari; & ita omnino tenendum est. 428

Sed quid, si is, qui hæredem instituit, & testamenti solemnitatem adhibuit, dixit se velle, eam suam dispositionem valere jure codicillorum, seu vt codicillum? Respondet cum alijs Gregor. Lopez, *in leg.* 2. *titul.* 12. *Partita* 6. *verbo, Hærederos,* quòd non obstante illa clausula, dispositio valebit vt testamentum, si aliunde non constet testatorem voluisse codicillari, & non testari. Alij verò tenent oppositum, vt Dynus & Joan. Andr. quos idem Greg. Lop. refert. 429

Magis tamen placet diſtinguere, prout
430 conciliando diuerſas aliorum opiniones diſtinxit Alex. *in d. l. Non codicillum, n. 3. Cod. de Teſtament.* dicendo; quod vel in illa diſpoſitione ſunt inſtituti hæredes legitimi, ideſt, qui alioqui ſucceſſuri erant ab inteſtato; & tunc intelligitur eſſe factum teſtamentum, quòd diſpoſitio in tali caſu non poſsit ſortiri effectum jure codicilli & fideicommiſsi, cùm nemo ſit, qui illis vocatis debeat reſtituere, niſi dicamus eos ſibi ipſis reſtituere debere, quod eſt abſurdum: vel ſunt inſtituti extranei, ſeu ij, qui non erant ſucceſſuri ab inteſtato; & tunc in eorum electione eſt, vel ſuccedere ex teſtamento, vel ex codicillis; quòd verba illa; *Voluit valere jure codicillorum*, non excludant voluntatem teſtandi, quia de jure admittitur, & valet clauſula, qua teſtator dicat, ſe velle ſuam diſpoſitionem valere jure teſtamenti, & jure codicilli, & ex hac habent vocati poteſtatem ſuccedendi, vel ex teſtamento, vel ex codicillis, prout elegerint. Quam opinionem quoad vtramque diſtinctionis partem admittunt plures alij, quos citat, & ſequitur Mantica, *lib. 1. de Conject. vlt. vol. tit. 3 num* 9. inter quos Alciatus *conſ* 68. *num.* 6. *lib.* 9. affirmat, non eſſe ab hac ſententia recedendum in judicando. Admittit etiam relatis alijs prædictam diſtinctionem Menoch. *d. conſil.* 1020. *num.* 13 *&* 14. licèt in ſecundo ejus membro non dicat, quòd extranei habent illam electionem, ſed ſolùm quòd poſſunt ſuccedere vt ex codicillis, ſeu jure fideicommiſsi. Notat autem Barth. *in l. 1. num. 4. ff. de Iure codicil.* non poſſe honoratum, cui dicta electio conceditur, eligere cauſam inteſtati in necem legatariorum, ſed teneri tunc edicto, *Siquis omiſſâ cauſ. teſt.* niſi teſtator expreſsè electionem permiſerit, vt *l. Qui autem, in princip. ff. Siquis omiſſâ cauſ. teſtam.* Et idem eſſe, ſi teſtator dixerit, *Volo quòd valeat jure teſtamenti, vel codicillorum,* per eandem legem.

431 Secunda regula eſt: quandò quis non inſtituit hæredem, ſed tantùm fecit legata & fideicommiſſa, intelligitur voluiſſe codicillari, non verò teſtari. Sic habetur, *leg. vltim. ff. de Iure codicil.* Hæc regula ampliatur, vt procedat licèt diſponens adhibuerit teſtes pro ſolemnitate teſtamenti neceſſarios, & coram eis ipſam diſpoſitionem ſuam appellarit teſtamentum; atque hoc ipſum notarius in proœmio ſcripſerit. Sic Paul. Caſtr. *in l. Proximè, ff. de His quæ in teſtamento del.* Iaſ. *in dict. leg. Non codicillum, verſ. Quid ſi aliquis, Cod. de Teſtament.* Socin. Senior *conſil.* 142. *numer.* 6. *lib.* 1. & alij quos citant, & ſequuntur Simon de Prætis, *dict. ſolut.* 10. *numer.* 7. & Menoch. *de Præſumption. lib.* 4. *præſumption.* 3. *numer.* 5. Quorum fundamentum eſt, quia teſtamentum in tali caſu accipitur pro codicillis, qui in lata ſignificatione teſtamentum dicuntur, vt notauit Gloſ. *in leg.* 1. *verbo, Velit, ff. de Teſtamentis,* & omnes communiter admittunt. Vnde notat Gregor. Lopez, *in leg. fin. tit.* 12. *part.* 6. *verbo, De partimiento*, quando alicui eſſet aliquid conceſſum cum facultate relinquendi illud cui vellet in ſuo teſtamento, poſſe ex hac facultate illud relinquere in codicillo, ſi diſpoſitio ad teſtamentum relata non ſit talis, vt hæredis inſtitutionem requirat.

Quæres autem, quid ſentiendum, 432
quando diſponens vſus verbis communibus, quæ ſcilicet ſunt indifferentia tam ad ſignificandam inſtitutionem, & ſucceſsionem directam, quàm indirectam & fideicommiſſariam, vt verbum *Relinquo, Succedat, Habeat, & ſimilia?* Reſpondet eum diſtinctione Alex. apud Mantic. *dict. tit.* 3. *numer.* 12. Quòd vel illa diſpoſitio non poteſt valere, vt teſtamentum; & tunc præſumitur diſponens voluiſſe codicillari: vel poteſt valere vt teſtamentum, & præſumitur voluiſſe teſtari.

Pro declaratione tamen aduerte, quòd 433
verba communia rebus certis adjecta nunquam inducunt inſtitutionem hæredis, vt ſi diſponens dicat; *Relinquo talia bona Petro*: vel *Paulus ſuccedat in talibus bonis*, aut quid ſimile:

quan-

quando autem adjiciuntur vniuersitati bonorũ, vt dicendo; *Relinquo mea bona*, vel *Omnia mea bona Petro*; institutionem inducunt, juxta communem sententiam quam ex professo trademus *disp. seq. sect.* 3. per text. *in l. Diuus, vers. Cæterùm, ff. de Milit. testament. & in §. Planè, vers. Cæterùm, Inst. eodem tit.* Si ergo reperiantur adjecta rebus certis, non præsumitur disponens voluisse testari, sed codicillari; cùm talis dispositio non contineat institutionem hæredis, & sic testamentum esse non possit: secus autem, si vniuersitati bonorum adjecta sint, & disponens adhibuit solemnitatem testamenti; siquidem in tali euentu interuenit institutio hæredis, & nihil deest ad hoc, vt dispositio valere possit vt testamentum: vnde non est, cur non debeat præsumi disponentem voluisse testari, & non codicillari. Neque de hoc dubitari potest.

434 Si autem verbis illis vniuersitati bonorum adjectis, non fuerit adhibita solemnitas testamenti, sed tantùm quę sufficit ad codicillum, res est dubitabilis. Videtur autem, quòd tunc etiam censendus sit disponens testari voluisse, juxta primam ampliationem regulæ præcedentis, vbi statuimus, quòd ex institutione hęredis pręsumitur disponentem voluisse testari, & non codicillari, licèt non fuerit adhibita solemnitas testamenti, sed codicilli. Quæ ampliatio locum videtur habere in præsenti casu, cùm in eo interueniat institutio hęredis inducta per verbum commune bonorum vniuersitati adjectum, & solùm desit solemnitas ad valorem testamenti necessaria.

435 Nihilominus tamen dicendum omninò videtur, præsumendum in hoc casu esse disponentem voluisse codicillari. Quia cùm vsus fuerit verbo communi, & de se indifferenti ad significandam institutionem directam, & indirectam seu fideicommissariam, eo ipso quòd non adhibuit solemnitatem conuenientem testamento, & institutioni directæ, sed tantùm conuenientem codicillo, & fideicõmisso, intelligendus est vsurpasse illud verbum in significatione quæ congruit fideicommisso; præsertim cùm alias dispositio peritura sit: nam verba communia, & indifferentia ad significandas res diuersas recipiunt determinationem ex materia subjecta, itaut ea potissimùm accipiatur sententia, quæ rei gerendæ aptior est, *l. Quoties, 68 ff. de Regul. jur.* Et quando oratio est ambigua, debet accipi id quo res, de qua agitur, magis valeat, quàm pereat, *l. Quoties, 13 ff. de Reb. dub.* Et hæc proculdubio est sententia Alexandri apud Mantic. *sup.* dũ tradit, quòd quando disponens vsus est verbis communibus, si dispositio non potest valere vt testamentum, præsumitur eum voluisse codicillari. Idemque sentit Molin. *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 12. *n.* 26. vbi ex jure, & DD. statuit, quòd quando quis simpliciter fecit aliquam dispositionem, non dicens se velle facere testamentum nec codicillum, tunc si in ea interueniat solemnitas testamenti, judicabitur testamentum. Si verò testamenti solemnitas non adsit, tanquam codicillus censenda & regulanda erit. Quæ quidem regula debet intelligi pro casibus, in quibus dispositio est facta per verba communia vniuersitati bonorum adjecta; alioqui non erit vera, vt ex dictis constat.

Quòd si disponens jam fecerat testamentum, quo hæredem vniuersalem verbis directis instituerat, tunc licèt postea reliquerit alteri omnia sua bona per verba communia, etiam adhibitâ integra solemnitate ad testamentum necessariâ, non censetur, nec valet ea dispositio vt testamentum, sed vt fideicommissum vniuersale, vt notat Glosa, *in dict. l. His verbis, in princip. verbo, Dominus, ff. de Hæred. instit.* Guillielmus Bened. *in cap.* Raynutius *verbo, Relinquit, num.* 2. *de Testament.* & alij. Jam verò quæ solemnitas pro codicillis necessaria sit, dispiciamus. 436

(?)

§. 4. *De solemnitate codicillorum secundùm jus commune.*

SUMMARIUM.

Quomodo intelligendus sit text. in §. vlt. Inst. de Codicillis, *vbi dicitur quòd codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant; numer.*437.

*Proponitur solemnitas, quæ jure communi pro codicillis requiritur; num.*438.

Vtrum codicilli in scriptis, & per nuncupationem, sint diuersæ speciei? numer. 439. *& seqq.*

Codicilli possunt fieri nutu; num. 442. *Id verò limitatur in muto, qui testari non potest; num.*442.

Institutio hæredis, si solo nutu fiat, est nulla, & totum testamentum manet irritum, nisi habeat clausulam codicillarem, qua adhibita transit in codicillum; dict. num. 442.

*Omnes qui possunt esse testes in testamento, possunt etiam testes esse in codicillis, non autem ecòtra; n.*444. *cum seqq.*

*Vtrum legatarius possit esse testis in codicillis, in quibus ei legatur? num.*445.

*Fœminæ possunt esse testes in codicillis; num.*446.

*Vt quis possit esse testis codicillaris, satis est quòd sit præditus ijs qualitatibus, quæ communiter requiruntur, vt quis sit testis simpliciter idoneus in qualibet causa; num.*447.

Surdus, & cæcus potest esse testis in codicillis; ibid.

Tam hæres ab intestato, quàm scriptus in testamento potest esse testis in codicillis post testamentum factis; ibid.

Non oportet vt testes codicillares sint rogati, neq; quod sigilla apponant; n. 448. *Neq; quòd sint in conspectu codicillantis, & quòd adsint liberè, sicut requiritur in testamentarijs; num.*449.

Vtrum oporteat, vt ijdem testes intersint toti codicillo, vel satis sit, vt codicillus coram alijs inchoetur, & coram alijs finiatur; num. 450.

*Quoties quis potest testari cum paucioribus testibus quàm quinque, potest etiam cum eodem minori numero codicillari; num.*451.

*In codicillis inter liberos, vel ad piam causam, vel militum sufficiunt duo testes; num.*452. *Imò sola scriptura absq; vllis testibus in ejusmodi codicillis est sufficiens, ibid.*

*Qui testium numerus requiratur in codicillis cæcorum, inter liberos, vel ad pias causas? num.*453.

Vtrum solemnitas quinque testium sit necessaria ad valorem codicillorum, etiam pro foro conscientiæ? num. 454. *& seqq.*

Quando per legem præscribitur solemnitas alicui actui, ad quem legislator non dat potestatem, & non additur clausula irritans aliter factum, talis solemnitas non est substantialis, & simpliciter necessaria ad valorem actus; numer. 455.

Conciliatur text. in l. vltim. in fine, Cod. de Codicil. cum §. vlt. Inst. eod. tit. *num.* 456.

*Legata & fideicommissa possunt adimi nuda voluntate, etiam expressa; n.*457.

In vltimis voluntatibus paria, & ejusdem potentiæ sunt; dare, & adimere *ibid.*

*Vtrum valeant disposita in codicillo, quem codicillator morte præuentus non potuit absoluere; & ita mansit imperfectus quoad voluntatem? numer.*458. *& seqq.*

*Mutatio voluntatis in eodem testamento non præsumitur, & vitanda est: n.*460.

Quanquam, §. *vlt. Inst. de Codicil.* habeatur, quòd codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant: id non eâ de causa dicitur, quòd nulla pro codicillis solemnitas præscripta sit; contrarium enim est certum, vt statim videbimus: sed vel quia non indigent solemnitatibus testamentorum, vt exponit Glos. *in dict. §. vltim.* vel quia non desiderant vllam solemnitatem, quæ sit necessaria tanquam forma 437

forma ad eorum substantiam, & essentiam spectans, sed tantùm ad probationem, vt tenet Menchaca, *lib. 3. de Success. progress. §. 30. num. 5.* Quòd infra examinabimus.

438 Solemnitas ergo, quæ jure communi pro codicillis requiritur, ponitur *in l. vlt. §. fin. Cod. de Codicil.* vbi sic habetur; *In omni autem vltima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuitò venerint, in vno, eodemque tempore debent adhiberi, siue in scriptis, siue sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.* In quo textu tria potissimùm continentur. Primum est, codicillos fieri posse tam in scriptis, quàm sine scriptis. Secundum, quocumque modo fiant, requirere quinque testes qui simul eorum confectioni adsint, non oportere autem quòd sint vocati. Tertium, si fiant in scriptis, debere à testibus subscribi. Circa quæ omnia nonnullæ sunt dubitationes hìc expediendæ.

439 Prima dubitatio est: vtrùm codicilli in scriptis, & sine scriptis, seu per nuncupationem, sint duæ species, quemadmodum in testamentis, quorum altera species est testamentorum in scriptis, altera testamentorum per nuncupationem? Negat Menchaca, *lib. 3. de Success. progressu, §. 30. numer. 11. & lib. 3. de Success. creat. §. 25. sub numer.* 23. quia cùm codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderent, vt dicitur *dict. §. vltim. Inst. de Codicillis,* non potest in eis considerari aliqua species, quæ sibi peculiariter vendicet, quòd fiat in scriptis, & cum subscriptionibus testium, ac per hoc distinguatur ab alia, quæ hunc apparatum non postulet, vt fit in testamentis; sed ita quoad hoc se habent, sicut multi contractus, vt Commodati, Depositi, Mutui, Locationis &c. qui licèt possint celebrari, vel cum scripturæ interuentu, vel sine illa, non propterea duæ inde constituuntur species. Nec obstat quòd *in dict. l. fin. Cod. de Codicil.* peculiariter postulatur testium subscriptio, quando codicilli fiunt in scriptis. Nam hoc non postulatur tanquam forma certam aliquam speciem constituens, sed solùm ad probationem, ita vt sensus sit, quòd scriptura codicillorum non faciet fidem, si testium subscriptiones adfuerint: vnde his deficientibus, non propterea codicilli corruent; sed per depositiones eorumdem testium probari poterunt.

440 At oppositum tenendum est, scilicet esse duas species codicillorum, sicut in testamentis. Quam sententiam appellat communem idem Menchaca sub *dict. numer. 23. vers. Contrarium,* & ita planè colligitur ex *dict. l. vltim. Cod. de Codicil.* vbi diuersa solemnitas exigitur pro codicillis in scriptis, & sine scriptis. Idemque manifestiùs habetur in jure Lusitano *lib. 4. Ordin. tit. 86. §. 1.* vbi codicilli distinguuntur in Clausos, & Apertos, seu Nuncupatiuos; quòd est idem, atque in scriptis, & sine scriptis: & inde fit euidens eos specie distingui, sicut testamenta Clausa, Aperta, seu in Scriptis, & Nuncupatiua. Nam quando fiunt nuncupatiuè, omnia in eis disposita manifestantur testibus, siue legendo coram eis scripturam si in eam redacta sunt, siue sola voce proferendo, si nulla interuenit scriptura: & pro his, licèt in scripturam redacti sint, non sunt necessariæ subscriptiones testium, sed sufficiunt eorum depositiones. Quando autem fiunt in scriptis, seu clausi, non leguntur coram testibus, nec in eis disposita illis manifestantur, & ideo pro his necessarium fuit, vt testes se in eis subscriberent ad vitandam falsitatem; quia alioqui facilè possent alij falsi pro veris supponi. Tanta autem diuersitas accidentalis non est, sed maximè substantialis, & sufficiens ad constituendas diuersas species sicut in testamentis, vt satis per se liquet.

441 Neque vrget quod pro contraria opinione affertur, quia *in dict. §. vlt. Inst. de Codicil.* quatenus dicit, quòd codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant, non excluditur à codicillis

omnis omnino solemnitas, sed vel sola testamentorum propria, vel etiam, quæ pro forma substantiali, & non tantùm ad probationem desideretur, vt ipse etiam Menchaca admittit: & cum hoc stat, vt ex codicillis quidã sint Clausi, quos propriè appellamus in Scriptis, & quidam Aperti, seu Nuncupatiui; quæ distinctio contractibus in argumento adductis non congruit: & ideo nihil mirum, quòd in illis duæ ejusmodi species non distinguãtur, sicut in testamentis & codicillis. Jam verò, quòd vltimò additur, posse per testium depositiones suppleri defectum scripturæ eorum subscriptionibus catentis, minus aptè ad intentum affertur: cum id locum habere non posit, quando codicilli sunt clausi, seu in scriptis confecti, neque eorum testibus lecti: siquidem tunc non possunt testes deponere de cõtentis in scriptura, cum ea ignorent. Quãdo autem codicilli in scriptis coram testibus essent lecti, tunc si ob defectum subscriptionum sustineri non poterunt, vt clausi & in scriptis confecti, fatemur quod valere, & probari poterunt, vt nuncupatiui per testium depositiones; quemadmodum in simili de testamentis dictum est *supra sect.6 §.2.* Quòd non tollit, quominus sint duæ species, vt patet in testamentis.

Secunda dubitatio est: verùm codicil-
442 li posint fieri nutu; vt si moribundus interrogetur coram quinque testibus, num velit vt legata & fideicommissa contenta in tali scriptura, vel ipsi verbo tenus propositi, valeant & vim codicilli habeant; & ille solâ capitis inclinatione, vel manuum compressione, aut alio quopiam signo, citra vllius verbi pronuntiationem, assensum præbeat, an id ad legitimum codicillum sufficiat? Respondetur affirmatiuè, cum Mantica *lib. 6. de Conject. vlt. vol. tit. 4. num. 4.* Quia legata & fideicommissa possunt fieri nutu, *l. Nutu, ff. de Leg. 3. l. Et in epistola, Cod. de Fideicom. & l. Labeo, §. final. ff. de Supel. leg.* Quod maximè procedit in legatis & fideicommissis per codicillum factis: nam si fiant in testamento necessarium est, vt testator loqui, aut scribere possit, saltem quando hæredem instituit; quia institutio si solo nutu fiat, est nulla, & totum testamentum manet irritum & inutile, etiam quoad legata & fideicommissa, nisi habeat clausulam codicillarem: eâ verò adhibitâ, jam in codicillum transit, & propterea quoad omnia sustinetur, ipsam institutionem solo nutu factam, quę tunc obliquatur, & valet vt fideicommissum, vt cum Barth. Baldo, & multis alijs tradunt Farinac. *cons. 97. num. 5. tom. 1.* & Castillo *de Quotidian. controuer. lib. 4. p. 1. cap. 27. num. 28.* nosque suo loco latiùs trademus.

443 Aduerte autem, cùm dicimus, codicillum posse fieri nutu, id intelligi dummodo fiat ab eo, qui jure testari non prohibetur. Nam si fiat à muto, qui omnino loqui non potest, & literas ignorat, nullatenus valebit; non quod per nutum fieri non posit, sed quia talis mutus jure testari prohibetur, *l. Diuersis, Cod. Qui testament. facere pos.* Qui autem de jure testari non potest, nec codicillos facere potest, *l. 2. ff. de Leg. 1 l. Diui, § pen. ff. de Iure codicil.* & ita cum Barth. aducrtit Mantica, *d tit. 4. num. 2.*

444 Tertia dubitatio est: quinam posint esse testes in codicillis? Respondetur, omnes, qui possunt esse testes in testamento, de quibus locuti sumus, *sect. 5. hujus disp. §. 2. & 4.* admitti etiam posse in codicillis: at non omnes qualitates, quæ sunt necessariæ, vt quis sit testis idoneus pro testamentis, requiri vt sit idoneus pro codicillis. Prior hujus resolutionis pars, satis per se est nota: nam cum testamentum sit longè operosius & maioris momenti, quàm codicillus, alienum à ratione est, plus aliquid in testibus ad valorem & firmitatem codicilli, quàm testamenti exigere. Ad quod facit regula, *l. Non debet, cui plus licèt, ff. de Regul. jur.* & regula, *Cui licèt, 53. eod. tit. in 6.*

445 Videtur autem id esse limitandum in legatario: nam cùm is testis esse posit in testamento, in quo ei legatum relinquitur, *l. Qui testamento, in princ. ff. de Testament. l. Dictantibus, Cod. eodem tit. & §.*

& §. Legatariјs, Inst. de Testam. attamen DD. admittere non audent, quòd etiam possit esse testis in codicillis, quibus ei relinquitur, vt videre est apud citatos per Farinac. *de Opposit. cont. test. q. 60. num.* 308. Nihilominus distinguendum hac in re censeo, dicendumque legatarium non posse esse testem in codicillo, quo solummodo contineatur legatum ipsi relictum, quòd huic obstet ex diametro regula, *l. Omnibus, 9. Cod. de Testib.* quæ habet, neminem in re propria idoneum esse testem: secus autem in codicillo, quo alia etiam legata, aliæue dispositiones côtineantur. Nam tunc legatarij testimonium primò, ac per se confirmat codicillum quoad illas alias dispositiones: & tantum secundariò ac per accidens, seu in consequentiam, probat legatum illi relictum, quatenus scilicet constito de veritate codicilli quoad alias dispositiones, consequenter apparet de veritate illius legati, quòd in eadem scriptura continetur. Quæ est ratio, cur testimonium legatarij in testamento admittitur. Id vero intellige cum eisdem explicationibus, cum quibus, *supra sect. 5. §. 2. num. 113. & seqq.* tradidimus legatarium posse esse testem in testamento.

446 Alia pars prædictæ resolutionis principalis facilè etiam constat. Quia saltem qualitas masculinitatis, quę in testibus testamentarijs necessaria est, *l. Hac consultissima, Cod. de Testam.* in codicillaribus non requiritur, juxta communem sententiam, quæ fæminas etiam admittit testes esse posse in codicillis. Ita enim sentiunt Glos. *in d. l. vlt. vers. Quinque testes, & ibbi DD. Cod. de Codicil.* & Glos. *in d. l. Qui testamento, §. Eum qui, verbo, Non poterit,* & ibi etiam DD. *ff. de Testament.* Anton. Gom. cum Barth. & Baldo, Paul. de Castr. & alijs, *in l. 3. Taur. num. 70.* Menchac. *lib. 3. de Success. progressu, §. 30. num. 13.* Mol. *disp. 131. num.* 4. & cæteri communiter. Quorum ferè omnium fundamentum est, quia fæminę non reperiuntur prohibitæ.

447 Ex quo vlterius addendum, non requiri in testibus codicillaribus cæteras omnes qualitates, quæ in testamentarijs postulantur, sed sufficere quòd sint præditi ijs qualitatibus, quę aliàs sunt necessariæ, vt quis sit testis simpliciter idoneus, qualis in cæteris causis communiter admittitur. Nam cùm jus commune solùm postulet, vt in codicillis interueniant quinque testes, non addendo, quòd habeant has, vel illas qualitates, eo ipso manent in terminis communibus, & sufficiunt in eis illæ qualitates, quæ communiter ad testium idoneitatem in quibuluis causis postulantur. Et ita sentit Menchaca, *loco supra citato,* vbi descendendo ad multa particularia latè declarat, nihil amplius requiri in testibus codicillaribus, quàm quæ sufficiunt, vt quis sit testis idoneus in actibus inter viuos. Vnde cùm in his tam surdus, quàm cæcus possit adhiberi in testem, consequenter admittit, *num. 18. ad fin.* posse etiam adhiberi in codicillis, licèt in testamento nô possit. Huc etiam facit, quod cum alijs tradit Farinac. *d. q. 60. de Opposit. cont. test. num.* 310. nimirum, licèt hæres non possit esse testis in testamento, quo instituitur, attamen tam hæredem ab intestato venientem, quàm in testamento scriptum, testem esse posse in codicillis post testamentum factis, nisi in ipsis codicillis aliquid ei relictum esset.

Ad hæc, licèt in testamentis debeant 448 testes esse rogati, & quando testamentum fit in scriptis, non solùm se debeant subscribere, sed etiam propria sigilla apponere, *l. Hac consultissima, Cod. de Testament.* attamen in codicillis, neque oportet, quòd testes sint rogati, vt habetur *d. l. vlt. Cod. de Codicil.* neque quòd sigilla apponant, vt aduertunt Menchaca, *d. §. 30. num. 17.* Pichar. *§. vlt. num. 7. Inst. de Codicil.* Sanch. & plures alij, quos refert *lib. 4. Opusc. cap. 1. dub. 12. num. 3.* Sumiturque ex eadem *l. vlt.* quatenus ibi pro codicillo in scriptis postulatur testium subscriptio, nulla facta mentione de sigillis. Quòd argumento est, ea non requiri, sicut non requiruntur pro actibus inter viuos.

Item licèt oporteat, vt testes testamen- 449

tarij sint in conspectu testatoris, illumq; videant, vt per *l. Si vnus*, ibi; *Coram testatore, & l. Si non speciali*, ibi; *In conspectu testatoris, Cod. de Testament.* Attamen id minimè requiri in testibus codicillaribus sentit bene Menchaca, *d. §.* 30. *num.* 12. *& num.* 13. *in fine*, vbi pro hac sententia refert Iason. *in d. l. Si non speciali, num.*8. & alios. Quia nullibi in iure id cauetur: quamobrem satis est in codicillis testem probè audire, & intelligere quid agatur, licèt aliquid inter ipsum & disponentem intermediet, quo mutui aspectus impediantur, quemadmodum in contractibus aduertit Glos. *in l.* 2. *§. Idem labeo, verbo, Audierint, ff. de Aq. pluu. arc.* Similiter non requiri ad valorem codicillorum, quod testes adsint liberè, idest, non vi coacti, vt in testamentis postulatur, tenet non immeritò idem Menchaca, *supra num.* 16. Quia id solùm reperitur cautum pro testamentis, quorum solemnitates codicilli non desiderant, *§. vlt. Inst. de Codicil.*

450 Vult etiam præcitatus Auctor, *num.* 17. non oportere, quòd ijdem testes adsint toti codicillo, sed satis esse, si quibusdam post inchoatum codicillum abeuntibus, alij pro reliqua parte succedant: vt si quinque testes adsint vni parti, & alij quinque alteri; cùm id in actibus inter viuos admittatur, vt per DD. quos refert: quamuis aliud sit in testamento, quòd pluribus indiget solemnitatibus, & membratim probari non potest, *l. Cum antiquitas, & l. Casus, Cod. de Testam.* & vtrobique DD. Hæc tamen resolutio mihi videtur simpliciter falsa, quia *in d. l. vlt. §. vlt. Cod. de Codicil.* expressè requiritur, vt testes codicillares in vno, eodemque tempore adhibeantur: quòd non seruaretur, si dum fit codicillus, quidam testes abirent, & alij succederent, vt patet. Illud autem facilè admittam, si postquam aliquid perfectè dispositum est in codicillo, coram quinque testibus, qui simul aderant, hi omnes, vel aliqui eorum abeant, & loco abeuntium succedant alij, qui simul etiam adsint reliquis dispositionibus codicilli; omnes tales dispositiones valere, & legitimè factas censeri debere. Quia tunc non est reuerà vnus codicillus, sed plures, quorum singulis quinque testes in vno, & eodem tempore sunt adhibiti, vt *in d. l. vlt.* postulatur. Nec repugnat quem plures codicillos facere; qui omnes validi sint, vt apud omnes est in confesso, & infra *§.* 6. declarabitur.

Quarta dubitatio est: vtrum in aliquibus codicillis prædicta quinque testium solemnitas necessaria non sit? Respondetur, quoties ex aliqua lege, vel priuilegio testari quis potest cum minori testium numero, satis illi esse eundem minorem numerum, vt codicillum facere possit. Ita Valasc. *consult.* 117. *num.* 29. Menchaca, *de Success. progressu, lib.* 3. *§.* 30. *num.* 27. *&* 28. Mol. *lib.* 2 *de Primog. cap.* 8. *num.* 31. & alter Molina, *disp.* 131. *num.* 9. Ratio est, quia cùm testamentum sit operosius, & longè maiorem solemnitatum apparatum iure ordinario requirens, quàm codicillus, vtpotè in quo possunt fieri omnia, quæ in codicillis, & insuper alia maioris momenti, cogitari non potest esse alicui permissum testari cum minori numero testium, non autem codicillari cum eodem minori numero: hic enim valet regula, *Non debet, cui plus licèt, ff. de Regul. iur.* & regul. *Cui licèt,* 53. *eodem tit. in* 6. 451

Hinc fit vt codicillis inter liberos, vel ad piam causam, vel confectis à milite in expeditione bellica, vel factis coram Principe, vel apud acta iudicis, duo testes sufficiant, quemadmodum sufficiunt in testamentis, in quibus aliqua ex his specialitatibus interuenit, prout hæc & similia singillatim expendens latè deducit Menchac. *d. num.* 27. Prætereà verò addo, solam scripturam absque vllis testibus sufficere in codicillis factis inter liberos, vel ad piam causam, vel à milite priuilegio militari gaudente: cùm in similibus testamentis sola etiam scriptura sufficiat, vt suis locis probatum est. Et quidem quòd codicillus inter liberos solâ scripturâ contentus sit, expressè habetur, *l. vlt. Cod. Famil. ercisc.* 452

Vtrùm verò etiam in codicillis cæcorum 453

rum, inter liberos, vel ad pias causas, sufficiant duos testes? Respondendum est affirmatiuè, juxta sententiam quam tradidimus *sect. 7. §. 7. num.* 218. Ubi cum multis DD. resoluimus, testamenta cæcorum, inter liberos, vel ad pias causas non indigere prolixa illa solemnitate, quę pro ordinarijs eorum testamentis, & codicillis præscribitur, *in l. Hac consultissima, Cod. Qui testament. facere pos.* sed sufficere seruari in eis, quæ in aliorum testamentis inter liberos, & ad pias causas necessaria sunt. Retentâ enim hac sententia, quæ quidem quoad testamenta inter liberos communis est, planum fit, duo testes in prædictis cæcorum codicillis sufficere, juxta regulam supra stabilitam, quod cui permittitur testari cum minori testium numero, huic etiam cum eodem minori numero codicillari licet. Si autem teneamus, vt nonnullis placet, cæcorum testamenta ad pias causas fieri non posse absque solemnitate, quæ pro ordinarijs eorumdem testamentis postuletur; tunc fatendum est, non solùm ordinarios eorum codicillos, sed etiam ad pias causas, indigere solemnitate, quæ *in d. l. Hac consultissima*, pro cæcorum testamentis, & codicillis præscribitur, & à nobis tradita est, *d. §. 7. num.* 216. Vnde in eis non sufficient quinque testes, qui pro vulgaribus codicillis *in d. l. vlt. Cod. de Codicillis*, præscribuntur.

454 Quinta dubitatio est: vtrùm præfata quinque testium solemnitas ita pro ordinarijs codicillis sit necessaria, vt absque ea sint prorsus irriti, etiam pro foro conscientiæ, quantumuis aliàs de eorum veritate, & defuncti voluntate constet? Respondetur negatiuè, non solùm in opinione, quam vt probabilem, & multis pro ea relatis DD. tradidimus *sect.* 2 *hujus disp. num.* 17. asserente defectum solemnitatum, quæ per leges in testamentis exiguntur, non tollere quominus ipsa testamenta sint valida, & seruari debeant in conscientia: qua opinione retenta, planum est, idem à fortiori dicendum in codicillis, juxta proximè dicta pro præcedenti dubitatione: sed etiam spectatâ opinione contraria, quam tradidimus, & magis probauimus eâdem *sect. 2. num.* 22. & 28. contendente testamenta non solemnia, neque in foro conscientiæ valere, etiam si aliàs de voluntate testatoris cóstet. Nam, vt ibidem *num.* 29. cum Julio Claro, Menchaca, Cardinali Lugo, & alijs addidimus, prædicta sententia contraria limitanda est, vt non procedat quoad legata in minus solemni testamento, vel codicillo relicta, sed solùm quoad hæredis institutionem: cujus limitationis plura ibidem adduximus fundamenta, ex quibus præfata resolutio efficaciter comprobatur.

Vlteriùs verò eam probo, primò, quia *in d. l. vltim. §. vlt. Cod. de Codicillis*, vbi solemnitas codicillorum præscribitur, dicendo debere in ejusmodi voluntatibus adhiberi quinque testes, non dat Imperator potestatem ad tales actus, cùm hæc sit de jure gentium, vel saltem per antiquissimas leges 12. tabularum concessa, vt ex dictis in quæstione proœmiali constat. Neque vlla ibidem apponitur clausula, qua expresè vel tacitè significetur, eum numerum testium exigi, tanquam formam substantialem, qua deficiente codicillus sit nullus, vt ex ipso textu patet. Quando autem per legem præscribitur solemnitas alicui actui, ad quem legislator non dat potestatem, & non additur clausula irritans aliter factum, talis solemnitas non intelligitur exigi vt forma substantialis, & simpliciter necessaria ad valorem actus, sed solùm vt accidentalis, ad hoc vt actus rite, & debito modo fiat, vt optimè tradunt Sanch. *lib. 3. de Matrimon. disp.* 32. *numer.* 1. 2. & 3. Suar. *lib. 5. de Legib. cap.* 31. *numer.* 10. Bonacin. *q. 1. de Legib. p. 7. §. 5. num.* 17. & plures alij quos referunt: & patet ratione, quia quando in subdito supponitur potestas ad actum, non censetur hæc illi auferri, vel limitari, nisi per aliquam clausulam irritantem id exprimatur, cùm hoc sit valde odiosum: odia autem non amplianda, sed restringenda sint. 455

Probo secundò *ex d. §. vlt. Inst. de Codicil.* vbi dicitur, quòd codicilli nullam solem- 456

solemnitatem ordinationis desiderant. Quòd non stat, si ad sui valorem desiderent solemnitatem quinque testium, quam *d. l. vlt. Cod. eodem tit.* præscribit. Quare ne vitiosam legum pugnam, & antinomiam, (quæ à nemine, quem viderim, in præsenti notatur, neque vnquam, vbi euidens contrarietas non appareat, admittenda est) sine necessitate admittamus, dicendum erit, *in d. l. vlt.* postulari illum numerum testium solùm ad probationem vt explicat Menchac. *lib.3. de Success. progres. §.30.num 5. & 29* in dicto autem *§. vlt. Inst. de Codicil.* contineri, quod codicilli nullam desiderant solemnitatem quæ tanquam substantialis forma ad eorum valorem exigatur, vt etiam intelligit idem Menchac. *loco citato*, & Pichar. *in d.§. vlt. num. 6. Inst. de Codicil.* qui ambo ex hoc textu affirmant & definiunt, codicillum esse informem, simplicem, & nudam voluntatem.

457 Probo tandem, quia legata, & fideicommissa possunt adimi nuda voluntate, id est, non solemni, *l.3.§. vlt. ff. de Adim. legat.* quod procedit non tantùm de voluntate tacita, sed etiam de expressa, vt ibidem exponit Glos. *verbo, Nuda*, estque communis sententia tenens, sufficere contrariam voluntatem non solemnem etiam expressam, vt legata & fideicommissa exceptione perimantur; quam sententiàm tenet expressè Glos. *in l. Fideicommissum, 27. verbo, Probata, Cod. de Fideicommissis, per text. in d. §. vlt.* & sequuntur Mascard. *conclus.* 1286. *n.* 82. Pichar. *Inst. de Ademptione legat. n.* 39. & alij asserentes sufficere reuocationem expressam duobus testibus probatam, vt legata exceptione tollantur. Voluntas autem expressa, qua non instituitur hæres, sed tantùm reuocantur legata & fideicommissa per aliam antecedentem voluntatem facta, nihil aliud est, quàm quidam codicillus, vt ex definitione ipsorum codicillorum constat: vnde jam habemus codicillum non solemnem valere ad illum effectum. Si autem codicillo non solemni validè adimuntur legata & fideicommissa; ergo etiam validè relinquuntur: quia in hac materia paria & ejusdem potentiæ sunt, *dare*, & *adimere*, vt passim notant DD. *per l. penult. in fin. ff. de Condit. inst.* & alia jura. Et ita simpliciter fatendum est, codicillos non solemnes valere saltem ad inducendam obligationem naturalem, seu in conscientia, ad præstanda legata & fideicommissa in eis relicta, & ad non petenda quę in eis adempta sunt; esto ad inducendam obligationem ciuilem, seu quæ actionem pariat in foro externo, solemnes requirantur.

Sexta dubitatio est: si codicillus non 458 sit consummatus quoad voluntatem, eo quòd codicillator, postquam de aliquibus disposuit, morte præuentus plura addere non potuit vt destinauerat, an talis codicillus valeat quoad ea quæ disposita sunt? Respondet negatiuè Menchaca, *lib 3. de Success. progressu, §.30.num.26.* sumens argumentum à testamento, quod constat non valere, si sit illo modo imperfectum, seu non consummatum quoad voluntatem, *per l. Si quis cum testamentum, & l. Ex ea, ff. de Testam. & l. Furiosum, Cod. Qui testam. fac. pos.* Adducitur etiam illud, quòd nihil actum esse credimus dum aliquid addendum superest, vt dicitur, *l. pen. in fine, Cod. Ad Sylanianum*: vnde cum in nostro casu aliqua addenda superfuerint, quæ codicillator morte præpeditus addere non potuit, nihil ab eo actum censendum est, & sic non valere quæ antea disposuerat. Nec obstat, quòd codicilli non indigent solemnitate ad sui valorem, sicut testamenta, vt supra declaratum est. Nam codicillus de quo agimus, laborat defectu voluntatis, qui tam in testamentis, quàm in codicillis substantialis est.

Nihilominus in contraria sum opinione; quia quòd codicillans morte præuentus non potuerit progredi in codicillo, & 459 facere omnes dispositiones quas volebat, non tollit quominus dispositiones, quas fecit, sint perfectæ quoad voluntatem, imò & quoad solemnitatem, si eas fecit coram quinque testibus à jure requisitis. Vnde etiam non tollit quominus ipse codi-

codicillus censendus sit perfectus,& consummatus, perinde ac si codicillans non intenderet vlteriùs progredi, quanuis in testamentis res aliter se habeat. Quod sic declaro;nam testamentum cum sit voluntas solemnis postulans de jure certum quendam solemnitatum apparatum, tanquam substantialem formam, qua sublata, est nullum, habet se vt totum, quod vocant *etherogeneum*, quale est quod constat partibus diuersæ rationis:quæ scilicet separatim sumptæ nec nomen, nec essentiam habent totius,sed solùm ex illis omnibus simul sumptis essentia totius efflorescit: quo pacto licet, verbi causa, parietes,& tectum sint partes hujus domus, quæ est totum etherogeneum, attamen tales partes diuisim sumptæ nec sunt, nec dicuntur domus. Et ideo quemadmodum non diceretur construxisse domum, qui eam cæpit ædificare, non tamen consumauit; sic qui cæpit testari,non dicetur testatus,seu validum confecisse testamentum, si illud omnibus suis numeris non absoluit. At verò codicillus, cùm sit nuda, simplex, & informis voluntas, vt etiam citatus Menchaca admittit, & supra declaratum est, habet se vt totum quod vocant *omogeneum*, quale est, quòd constat partibus ejusdem rationis cum ipso toto, seu quarum quælibet habet nomen, & essentiam totius, vt v.c. hæc papyrus, quæ tota, & quælibet ejus pars papyrus est. Igitur quemadmodum quælibet pars hujus papyri,si per se seorsim conficeretur, esset quædam papyrus totalis,& perfecta in ratione papyri,siue artifex alias partes ei addere intenderet, siue non; ita pariter quælibet dispositio codicillaris per se seorsim facta habet plenam,& perfectam rationem codicilli, estque vnus codicillus totalis, etiamsi codicillans plures dispositiones facere voluisset , quas morte preuentus addere non potuit;cùm hoc non tollat quominus dispositio quam fecit, proprius & verus sit codicillus.

460 Neque obstat,quòd codicillator, si vlteriùs progrederetur, addendo reliquas dispositiones quas facere volebat, fortè antequam codicillum absolueret; aliqua ex parte mutasset, vel limitasset dispositionem quam fecerat. Quia supponimus eam dispositionē fuisse perfectè factam, vt si v.c. simpliciter, & absolutè dixerat, *Se relinquere talem fundum Petro*. In quo casu non præsumitur, quòd aliquid circa talem dispositionem esset additurus, vel mutaturus. Quia non est verosimile, vt quis statim corrigat quod fecerat, *l. Non ad ea*, 88. & ibi Glos. *verbo, Præsens,ff.de Condit. & demonstrat.* per quam legem notat Corneus *cons.*308 *numer.*1. & ex eo Mantica, *lib* 12. *de Conject. tit.*1. *num.*2. *fine*, quòd mutatio voluntatis testatoris in eodem testamento non præsumitur, & vitanda est. Addo præterea, satis ad valorem illius dipositionis esse, quòd reperiatur simpliciter facta, & non fuerit reuocata, quidquid sit, an postea mutanda, vel limitanda esset, si codicillator non raperetur. Quando autem dispositio non esset perfectè facta, sed cum dependentia ab ijs quæ codicillator addere volebat, vt si dixerat: *Relinquo talem fundum Petro cum declarationibus infra scribendis*, & tales declarationes morte impeditus non fecit: tunc fatemur eam dispositionem non valere, cùm non sit perfecta quoad voluntatem: vt in simili dispositione ad causam piam tradidimus *sect. præced.§.*3. *casu* 2. *in fine*, & esse indubitanter tenendum affirmat bene Menchaca, *lib.* 3. *de Success. creat. §.* 21. *sub numer.*6. *vers. Secundus casus.*

Et ex his soluuntur facilè motiua contrariæ sententiæ. In primis ad argumentum desumptum à testamento ad codicillum respondemus non valere in præsenti, cùm testamentum se habeat vt totum etherogeneum, codicillus verò vt omogeneum, & informe, cujus perfecta ratio in qualibet ejus parte reperitur, vt declaratum est. Deinde ad id, quòd affertur,*ex l.pen.in fine, Cod.Ad Syllanian.* dicimus, id procedere quando quæ agenda supersunt, ita sunt necessaria, vt sine eis sit prorsus inutile quod actum est: non autem quando solùm sunt necessaria ad 461

ad bene esse, vt aiunt, vel ad aliquam maiorem perfectionem non essentialem, vt in præsenti; siquidem dispositiones, quas codicillator addere volebat, non erant simpliciter necessariæ ad rationem & substantiam codicilli, vt declaratum est, sed solùm spectarent ad maiorem quandam perfectionem extensiuam, & minimè essentialem. Ad id tandem, quòd vltimò additur, codicillum, de quo agimus, laborare defectu voluntatis, & hunc defectum esse substantialem. Respondetur, licèt talis codicillus possit aliquo modo dici imperfectus quoad voluntatem, quatenus caret illis voluntatibus, seu dispositionibus, quas codicillator addere volebat: attamen simpliciter, & absolutè esse perfectum in ratione voluntatis ad essentiam, & perfectionem codicilli sufficientis, cùm contineat aliquam, vel aliquas dispositiones perfectas, in quibus tota essentialis perfectio codicilli reperitur, vt satis probatum & declaratum est.

§. 5. *De solemnitate, quæ secundùm jus Lusitanum in codicillis adhibenda est.*

SUMMARIUM.

Iure Lusitano, & Castellano peculiaris solemnitas pro codicillis constituta est; num 462. Et quænam illa sit de jure Lusitano? num. 463.

Tempore mortis possunt secundùm jus Lusitanum fieri codicilli verbaliter absque vlla scriptura; num.464. Qui numerus testium pro talibus codicillis sufficiant? num.465. & seqq.

Cum solis tribus testibus potest de jure Lusitano fieri codicillus, si locus, in quo fit, fuerit adeo infrequens, vt non possit in eo facilè reperiri ordinarius numerus testium, quem ipsum jus Lusitanum requirit; num 468.

Vtrùm dictum priuilegium codicillandi cum solis tribus testibus in loco infrequenti concedatur pro quibuscumque in tali loco codicillantibus, vel pro solis habitatoribus illius? num.469.

An dicti tres testes debeant esse omni exceptione maiores? num.470.

Vnus ex dictis tribus testibus potest esse legatarius; ibid.

Vtrùm prædictum priuilegium habeat locum, si adsint forenses, ex quibus ordinarius numerus testium compleri possit? num.471.

Vtrùm codicillus factus juxta dictum priuilegium cum solis tribus testibus sustineatur, licèt codicillator postea fiat incola magni oppidi? num. 472. & seqq.

Quomodo intelligatur, quòd Cessãte causa finali priuilegij, cesset priuilegium? *num.475. & seq.*

Vtrùm juxta supradictum priuilegium possit in mari fieri codicillus cum solis tribus testibus, quando ordinarius numerus ibi non potuerit facilè reperiri? num.478.

Qui numerus testium secundùm jus Lusitanum sufficiat in testamento cæci? num.479.

CUm scribamus in Lusitania, vbi peculiaris solemnitas pro codicillis 462 constituta est differens in multis à solemnitate juris communis, non possumus non de illa etiam peculiariter agere, vt Scriptores Hispani faciunt, qui agendo de codicillis minimè omittunt, quæ jure sui Regni pro illis specialiter sũt disposita, nec contenti sunt referre, quæ circa eorum solemnitatem tum antiquis, tum nouis Castellæ legibus præscripta sunt, sed magnas etiam circa hoc excitant quæstiones, vt videre est apud Ant. Gom. *in leg. 3. Tauri, num.67. & seqq.* Molin. Juristam, *lib.1. de Primogen. cap.8 à num. 23.* Molin. Theolog. *disp. 131. numer.10.* Sanch. *lib.4. Opusc. cap.1. dub.12.* Pichar. *§. vlt. num.7. & seqq. Inst. de Codicil.* & alios, quos referunt.

Jure igitur Lusitano sequens solemnitas pro codicillis requiritur, & sufficit. 463 In primis fieri possunt, vel in Scriptis, seu Clausi, cum instrumento approbationis in tergo; vel nuncupatiuè, seu Aperti, dum-

dummodo, si fiant extra mortis articulum, conficiantur per scripturam, siue manu tabellionis, siue ipsius testatoris, siue alterius personæ confectam. Quocumque autem ex prædictis modis conficiantur, satis est quòd in eis, quando fiunt, interueniant quatuor testes, siue viri, siue fæminæ, maiores quatuordecim annorum, & liberi, aut pro liberis habiti; sic tamen, vt cum tabellione, vel cum ipso codicillante, vel cum alio, à quo scripti fuerint, quinque testes sint: & vt testes in instrumento approbationis subscribant omnes. Ita expresè habetur, *lib.* 4. *Ordin.tit.*86 §. 1.

464 Pro casu autem, quo codicilli tempore mortis conficiantur, non ita planè in eodem jure Lusitano declaratur, an possint fieri verbaliter, seu absque scriptura, quemadmodum testamenta, quæ mortis tempore, voce tenus fieri permittuntur, *d.lib.*4.*tit.*80.§. *vltim.* At citra dubium tenendum est, non prohiberi quominus eo tempore ita confici possint, vt sumitur *ex d tit.* 80. §. *vlt.* ibi: *Ou ordenar de seus bens por algũa maneira, não fazendo disso escriptura algũa*; & constat satis eo argumento, quòd cum tempore mortis permittatur per ipsum jus Lusitanum fieri testamentum verbale absq; vlla scriptura, permissum quoque censeri debet, vt etiam codicilli fieri possint, juxta regulam, *Cui licet quod est plus*, 53. *de Regul. juris,in* 6. Atque tanquam indubitatum id tradit Molina, *tom.*1.*disp.*131.*n* 9.

465 Dubium verò est, quinam testium numerus spectato eodem jure Lusitano sufficiat in his codicillis, qui voce tenus mortis tempore confecti fuerint? Mol. *loco proximè citat.* tenet requiri sex testes, masculos, vel fæminas, quemadmodum in testamentis quę verbaliter eo tempore fuerint confecta, in quibus hic testium numerus postulatur, *d. tit.* 80 §. *vltim.* Probat, quia *d.*§.*vlt.* agitur de eo, qui tempore mortis fecerit testamentum uerbaliter, vel aliquo modò disposuerit de suis bonis, non conficiendo scripturam; ibi: *Ou ordenar de seus bẽs por algũa maneira, &c.* quibus verbis comprehenditur, qui voce tenus fecerit codicillum.

Reprobat hanc sententiam Thomas Valascus *tom.*1.*Allegat.*73.*n.*9.*fine.* asserens, Molinam fuisse in hoc per inaduertentiam deceptum; quod ille senarius numerus testium solùm requiratur pro testamento facto tempore mortis verbo tenus. At ipse Valascus non meliorem sententiam profert, nec mentem suam declarat, sed solùm ita rem inuoluit, vt videatur significare sufficere quatuor testes, juxta ipsam Ord. *d.tit.*86.§.1. ibi: *Basta enteruirem nelles quatro testemunhas, quando se fizerẽ, homens, ou mulheres.* In quo, si ita sentit, multò magis deceptus est; quia in illo, §.1. solũ est sermo de codicillis, qui fiunt per scripturam, in quibus ita exiguntur quatuor testes, vt cum eo, à quo fuerint scripti, sint quinque testes. Quòd nulla ratione conuenit codicillis absque scriptura confectis. Itaque si altera ex prædictis opinionibus mihi esset eligenda, Molinæ potiùs accederem, cujus sententia certè improbabilis nó est. Pro qua facit quod tradit Aluar. Valasc. *consult.*117.*à num.*25. docens, non oportere, vt quãdo diminuta est solẽnitas protestamẽtis requisita, intelligatur proportionaliter diminuta solẽnitas codicillorũ.

Cæterùm mea opinio in præsenti dubitatione est, requiri, & sufficere quinq; testes, sicut de jure cõmuni. Quia in casibus non decisis per leges Regni recurritur ad jus commune, juxta ipsam Ord. *lib.* 3. *tit.* 64. §. 1. casus autẽ, de quo hìc agimus, est reuerà omissus in legibus Regni: nullibi enim cõstituunt, cum quo testiũ numero confici possint codicilli tempore mortis absq; scriptura, nisi tantùm quãdo fuerint confecti in loco deserto, seu exiguæ habitationis, de quibus infra. Et quidem in illo, § *vlt.tit.*80. in quo Mol. suam sentẽtiam fundauit, licèt non solũ testamentũ, sed etiã quælibet vltima volũtas fieri permittatur tẽpore mortis absq; vlla scriptura, tamẽ pro solo testamẽto ibi præscribitur senarius numerus testium, vt patet ex ipso textu, ibi: *E neste caso mandamos q̃ valha o testamẽto cõ seis testemunhas:* vnde cũ neq; hoc loco, neq; alibi in jure hujus 467

Regni præsens casus decidatur, jure communi standum est.

468 Si autem locus, in quo quis codicillatur tam modicæ habitationis sit, vt non possit facilè reperiri ordinarius numerus testium, quem dictum jus Lusitanum requirit, conceditur eodem jure *d. tit.* 86. *§.*2. vt possit tunc fieri codicillus cum solis tribus testibus masculis, vel fœminis, idq; siue codicillus sit Clausus siue Apertus, seu Nuncupatiuus, per scripturam cōfectus, siue sola voce tēpore mortis factus.

469 Circa quod priuilegium inquires primò: vtrùm concedatur pro quibuscumq; facientibus codicillum in loco illius exiguæ habitationis, vt in villa, aut rure, vel solùm pro habitatoribus talis loci; itaut si incola ciuitatis, vel alterius magni oppidi ibi codicilletur, tali priuilegio non gaudeat? Et ratio dubitandi pro hac secunda parte est, quia simile priuilegium testandi cum quinque testibus concessum, *in l. vlt. Cod. de Testament.* pro ijs qui testantur in locis, vbi septem testes reperiri non possint, solùm intelligitur concessum pro rusticanis, seu pro habitatoribus talium locorum, vt cum communi sententia tradidimus, *sect.* 8. *§.*1. *numer.* 229. Nihilominus oppositum est tenendum in præsenti, scilicet dictum priuilegium concedi pro quibuscumque personis in tali loco codicillantibus, etiam si sint incolę magnorum oppidorum, qui casu in eum locum venerunt. Ita Bened. Ægyd. *in l.*1.*Cod. de Sacros. Eccles. p.* 2. *§.*2.*num.*2. *&* 13. *fine*, quod etiam re ipsa sentit Aluar. Valasc. *consult.*117.*num.* 3. vbi loquens juxta Ordinat. antiquam, quę concedebat, vt tam testamentum, quàm codicillus fieri posset cum solis tribus testibus in dictis locis exiguę habitationis, asserit hoc priuilegium non concedi solis rusticis, sed indifferenter quibuscumque personis, si modo in loco eremo testentur. Quę sententia locum hodie habet in codicillis, quia dispositio illa antiquæ ordinationis viget, & conseruata est quoad codicillum in noua Ordinat. *d. tit.* 86. *§.* 2. & patet satis ex ipso textu *in d. §.* 2. vbi absolutè, nullâ factâ mentione personarum, disponitur, vt codicilli in dictis locis facti cum solis tribus testibus valeant. Priuilegium autem quod jure communi concessum est, *in d. l. vlt. C. de Testam.* non solùm fuit restrictum ad illa loca, sed etiam ad personas rusticanorum, vt constat ex textu; ibi: *Per præsentem legem rusticanis concedimus*, & infra, *Quod igitur quis rusticorum*, & ibidem, *Per hanc legem eorum simplicitati, &c.*

Inquires secundò: vtrùm oporteat, vt dicti tres testes sint omni exceptione maiores? Respondet affirmatiuè Valasc. *d. cons.*117.*num.* 12. *vers. Proinde teneo*; quia licèt quando in testamentis interuenit ordinarius numerus testium, non oporteat, vt quilibet eorum sit omni exceptione maior, vt ex professo tradidimus hac ipsa disp. *sect.* 5.*§.*2.*num.*117 & indicat idem Valasc. *loco citat.* attamen hoc fallit, inquit ille, vbi lex minuit de ordinario numero testium in aliquo casu: alioqui daretur locus fraudibus, & admitteretur, quòd lex voluit in eodem casu multiplicare specialia, contra vulgarem regulam traditam, *in l.* 1. *Cod. de Dotis promiss.* Nihilominus dicendum, satis esse quòd duo ex illis testibus sint omni exceptione maiores, vel etiam quòd sint tales, vt omnes simul plenam probationem efficiant, vt agendo de testibus testamentarijs probaui, *d. §.*2. *num.* 120. *&* 123. Unde non sequitur patere locum fraudibus, cùm his sufficienter occurratur per testes qui plenam probationem efficiant. Neque etiam per hoc admittuntur duo specialia in hoc casu; quia quòd non oporteat, vt omnes illi testes sint exceptione maiores, non est speciale; cùm etiam quando ordinarius numerus testium adhibendus est, id non requiratur, vt constat ex dictis *d. §.* 2. *num.* 117. Hinc colliges contra eundem Valasc. posse vnum ex illis tribus testibus esse legatarium in eodem codicillo, cùm legatarius non prohibeatur esse testis in testamento, in quo ei legatur, *l. Qui testamento*, 2. *in princ. ff. de Testam. l. Dictantibus, Cod. eod. tit.* Ordinat. Lusitan. *lib.* 4. *tit.* 85. *fine*, & licèt ex hoc sit aliquantulùm suf-

suspectus, id non obstat quominus simul cum alijs duobus testibus sufficientem probationem facere possit.

471 Inquires tertiò, si ex habitatoribus loci non possit facilè haberi ordinarius numerus testium, adsint tamen forenses ex quibus talis numerus compleri possit; vtrum in tali casu valeat codicillus factus cum solis tribus testibus locum incolentibus? Respondet affirmatiuè Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacrosf. Eccles. p. 2. §. 2. numer. 4. vers. At verò, juncto numer. 5. in fine.* Quod lex Regia *d. tit.* 86. §. 2. declarauerit, dictum priuilegium concedi ob raritatem habitatorum ipsius loci, ibi: *E nos outros lugares de tam pequena pouoaçam, em que tam facilmente se não possa achar o dito numero, mandamos, &c.* Quo satis ostenditur, illud priuilegium concedi pro casu, quo ex loci habitatoribus non potuerit facilè adhiberi ordinarius numerus testium, siue aliàs is numerus expleri posset ex forensibus, siue non. Limitat autem idem Ægyd. *num.* 5. nisi adessent forenses, qui nundinarum causâ illuc conuenissent; quòd hi non casu, sed consultò, & ex consuetudine, aut priuilegio, illuc certo anni tempore conueniant, & pro tunc tanquam ordinarij incolæ illius loci habeantur. At hæc limitatio mihi videtur nimis subtilis, & vel ex hoc capite improbanda, si principalis resolutio admittenda sit: quæ quidem ipsa mihi etiam non apparet satis firma, licèt non videatur improbabilis. In quo immorandum non censeo.

472 Inquires quartò, vtrum codicillus factus cum solis tribus testibus juxta dictū priuilegium valeat, & sustineatur, licèt codicillator post fiat incola ciuitatis, vel alterius magni oppidi, vbi cum ordinario testium numero alium codicillum facere posset? Respondet negatiuè Ægyd. *d. §. 2. num.* 10. Quia cùm codicillus, & quælibet alia vltima voluntas non confirmetur, nisi per mortem disponentis, semper est quodammodo in fieri dum ille viuit, vtpote pendens omnino à libera ejus voluntate: ergo si codicillator factus est incola magni oppidi, postquam codicillum cum solis tribus testibus fecerat, censeri debet talis codicillus, ac si factus esset in illo magno oppido, & sic manet nullus; cùm in tali oppido non potuerit validè confici cum solis tribus testibus.

Confirmatur hæc sententia; quia in præsenti casu cessat causa finalis, ob quam dictum priuilegium concessum fuit; siquidem causa fuit difficultas, seu moralis impossibilitas adhibendi ordinarium numerum testium: quæ difficultas cessat, vbi codicillator in magnum oppidum se confert: cessante autem causâ finali priuilegij, cessat ipsum priuilegium; *Cap. Generaliter,* 16. *q.* 1. *cap. Tuæ, de Cler. non resid. cap. Abbate, in fine, de Verb. signif.* & latè Sanch. *lib.* 8. *de Matrim. disput.* 30. *numer.* 14. Facit etiam text. *in l. Vranius,* 72. *in princip. vers. Sed cùm duo, ff. de Fidejussorib.* vbi quando creditor extitit hæres debitoris, dicitur cessare obligatio fidejussorum, ob eam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, & subduntur statim hæc verba: *Vt quemadmodum incipere aliàs non possunt, ita nec remaneant*: vnde Glos. ibidem *verbo, Remaneant,* sic infert. *Quod ergo impedit faciendum, destruit jam factum.* 473

Oppositum nihilominus tenendum est per regulam, *In ambiguis pro dotibus,* 85. *§. Non est nouum, ff. de Regul. jur.* & regul. *Factum legitimè,* 73. *eodem titul. in 6.* Ubi habetur, quòd factum legitimè non debet retractari, quamuis postea eueniat casus, à quo incipere non posset. Ex qua regula jam *sect.* 8. *§.* 1. *numer.* 233. cum multis DD. resoluimus, quòd testamentum minùs solemne rure, vel tempore pestis factum, non desinit valere, licèt testator fiat postea incola ciuitatis, vel à pestis contagio euadat. Nec obstat, quòd talis voluntas sit deambulatoria, & quodammodo in fieri vsque ad mortem disponentis; quia hoc non alia ratione dicitur, nisi quia vsque ad mortem reuocari potest ab ipso disponente; cum quo tamen stat quòd vbi semel legitimè, & cum debitis 474

solemnitatibus, pro tempore & loco facta est, simpliciter est perfecta, & consummata, licèt testator diu postea viuat, vt patet per text. *in l.* 1. *§. Sed si legi*; ibi, *Si ante consummationem testamenti, ff. de His quæ in testamento del. cum simil.* Et ita in casu præsenti dici non potest, quòd codicillus factus legitimè cum tribus testibus, vbi hic numerus sufficit, censeri debeat conditus in loco in quem postea codicillator se contulit, quasi in priori loco consummatus non fuerit.

475 Ad confirmationem respondetur, illud proloquium, *Cessante causa finali priuilegij, cessat priuilegium*, nihil obstare; quia in primis hoc proloquium tam magnam patitur limitationem, vt potiùs contraria regula videatur statuenda, juxta Suar. *lib.* 8. *de Leg. cap.* 30. *num.* 6. *&* 11. vbi post longam disputationem pro regula statuit; vt priuilegium cesset, non satis esse causam ejus finalem negatiuè cessare: vocat autem negatiuam cessationem, quando ratio, quæ Principem mouit ad priuilegium concedendum, jam non subsistit, & nihilominus vsus ipsius priuilegij non est injustus, nec per se contra aliquam virtutem; vt quando alicui monasterio datum esset priuilegium non soluendi decimas propter ejus indigentiam, quæ postea cessaret, vel quando esset concessum priuilegium retinendi simul plura beneficia, eo quòd singula non sufficerent ad sustentationem Beneficiarij, postea verò vnum ex illis ita pinguesceret, vt illum congruè sustentare posset. In quo vtroque euentu concludit Suar. *num.* 7. non obstare cessationem causæ, quominus priuilegium subsistat; quod ejus vsus non reddatur eo ipso injustus, aut illicitus. Juxta quam regulam, si vera est, nihil nostræ sententiæ officit cessatio causæ, ob quam dictum priuilegium codicillandi cum tribus testibus concessum est; cùm ea cessante non reddatur vsus, & effectus talis priuilegij illicitus, vt per se constat.

476 Præterea verò, dato quòd illud proloquium vniuersim admittendum sit, vt contendit Sanch. *loco citat.* intelligi debet, nisi priuilegium sit jam sortitũ suum effectum, vt idem Sanch. fatetur, & pro indubitato tradit Suar. *dict. cap.* 30. *num.* 4. quòd tunc jam non esset cessatio priuilegij, sed retractatio actus perfecti, & consummati, contra d. regul. *Factum legitimè*, 73. *de Regul. jur. in* 6. In nostro autem casu jam effectus dicti priuilegij, nempe codicillus validus cum solis tribus testibus, est perfectus & consummatus, quando per mutationem loci cessat causa, ob quam priuilegium concessum est, vt ex dictis constat; atque ideo jam ei ipsius causæ mutatio non officit. Adde, quòd alioqui non solùm quando codicillator se transferret in magnum oppidum, sed etiam vbi in ipso loco in quo codicillatus est, duos alios testes reperisset, dictus codicillus irritaretur; cùm jam posset fieri cum ordinario numero testium, & sic cessaret causa priuilegij: consequens autem per se apparet absurdum.

Non obstat etiam textus adductus ex *l. Vranius*, quia in casu de quo loquitur, aduenit impedimentum contrarium destruens, & reddens impossibilem obligationem fidejussoris: in quo & similibus euentibus, citra dubium est, quòd vt actus cum tali impedimento incipere non posset, ita nec permanere. In nostro autem casu per cessationem causæ, ob quam priuilegium codicillandi cum tribus testibus concessum est, nihil aduenit contrariè pugnans cum codicillo legitimè antea facto: sed tantùm non adhibetur aliquid sine quo in tali loco legitimè fieri non posset, quòd non sufficit, vt legitimè antea factũ retractari debeat, juxta d. regul. *Legitimè factum.* 477

Inquires: vtrùm juxta prædictum priuilegium possit in mari fieri codicillus cum solis tribus testibus, quando ordinarius testium numerus ibi non potuerit facilè adhiberi? Respondet affirmatiuè Ægyd. *dict. §.* 2. *numer.* 17. quam sententiam vt satis probabilem sequuti sumus *sect.* 8. *§.* 2 *num.* 24 Quòd mare loco deserto, vel raræ habitationis non imme- 478

immeritò comparetur, vt etiam sentit Valasc. *ibidem citatus*.

479 Quæri tandem hìc potest, qui numerus testium secundùm jus Lusitanum sufficiat in codicillo cæci? Molina, *d. disp.* 131. *num.* 9. *fine*, asserit, addendum esse vnum testem vltra eos, qui alioqui secundùm jus Regni postulantur. Cujus resolutionis hoc videtur esse fundamentum, quia vt idem Molina notauerat, *disp.* 130. *num.* 3. jure communi in testamentis cæcorum additur vnus testis vltra eos, qui pro aliorum testamentis postulantur: vnde idem videtur dicendum cum proportione in codicillis secundùm jus Lusitanum. Mihi tamen hoc non videtur aptè consideratum. Nam si proportio ad jus commune seruanda sit, potiùs erat dicendum, requiri pro codicillis cæcorum in hoc Regno vnum testem vltra eum numerum, qui jure ejusdem Regni pro testamentis cæterorum hominum præscriptus est; quia jure communi tam pro testamentis, quàm pro codicillis cæcorum postulatur vnus testis vltra septem, qui pro aliorum testamentis sunt necessarij. Quare juxta hanc æquiparationem dicendum videtur requiri in hoc Regno sex testes in codicillis cæcorum, eoquòd in testamentis non cæcorum requirantur quinque; & præterea necessarias esse reliquas conditiones, & solemnitates, quæ pro testamentis Nuncupatiuis postulantur. At neque hoc satis firmum existimo, sed quòd adhiberi debeat eadem omnino solemnitas, tam quoad testes, quàm quoad cætera, quæ jure communi requiritur; quia cùm jure Lusitano nihil sit dispositum circa cæcorum voluntates, ad jus commune recurrendum est, juxta ipsum jus Lusitanum, *lib.* 3. *Ordin. tit.* 64.

§. 6. *De reuocatione Codicillorum.*

SUMMARIUM.

Codicilli liberè possunt reuocari vsque ad mortem: eaque reuocatio potest fieri vel expressè, vel tacitè: quando fiat expressè, & quando tacitè? num. 480.

Vtrùm ad expressam reuocationem codicillorum sint necessarij quinque testes, quemadmodum ad eorum confectionem? num. 481.

Vt legata perimantur ipso jure per reuocationem expressam, opus est vt talis reuocatio fiat coram quinque testibus, d. num. 481. *& seq. Vt autem perimantur exceptione, & in foro conscientiæ, sufficit contraria voluntas non solemnis, siue tacita, satisque est quòd probetur duobus testibus, n.* 483 *& seq.*

Qui perpetuam habet exceptionem, solutum per errorem repetere potest, numer. 484.

Priores codicilli non infirmantur per posteriores, nisi fuerint prioribus contrarij, num. 485. *Intelligendum verò id est, nisi in posterioribus codicillis disponeret codicillator de omnibus suis bonis, num.* 486.

Etiam miles censetur recedere à primo testamento, si in secundo disponat de omnibus suis bonis, ibid.

Dispositio facta in posteriore codicillo sic interpretanda est, vt priori non contradicat, quoad fieri possit, num. 487.

Si res quæ in primis codicillis fuit legata vni, legetur in secundis alteri, non videtur legatum ademptum à primo legatario, sed ambo manent re conjuncti, nisi contrarium probetur, numer. 488.

Certum est, codicillos liberè posse reuocari à codicillante dum viuit, cùm omnis vltima voluntas deambulatoria sit vsque ad supremum vitæ exitum, *l.* 4. *alias*, 3. *§. vlt. ff. de Adim. leg. l. Cum hìc status*, 33. *in princ. vers. Pænitentiam, ff. de Donat. inter vir. & vxor.* Hæc autē reuocatio fieri potest, vel expressè, vel tacitè. Expressè fit, cū codicillator verbo, aut scripto exprimit, se nolle vt codicilli à se antea facti valeāt: vt dicēdo: *Reuoco codicillos, quos feci*: vel, *Codicilli à me antea facti nullius sint roboris*: vel 480

vel, *Nolo valere quæ in codicillis disposui*, aut quid simile. Tacitè fit, quando codicillator facit aliquem actum ex quo deprehenditur, eum pænituisse dispositionis in codicillis factæ: vt si ipsos codillos concidit, vel cancellauit: vel si dispositio in eis facta erat legatum alicujus rei certæ, & codicillator eam voluntariè alienauit: interdum etiam tacita reuocatio intelligitur ex facto alterius, vt quando legatarius aliquam grauem injuriam intulit ei qui legauerat, etiam ipso ignorante: de quibus modis tacitæ reuocationis latè tractant DD. agendo de reuocatione legatorum. Quare, nos etiam cùm de legatis agemus, rem hanc planè explicabimus; vnum tamen, vel alterum dubium circa præsens institutum hìc expediendum est.

481 Primum dubium: vtrùm quemadmodum ad conficiendum codicillum postulantur quinque testes, *l. vlt. in fine, Cod. de Codicil.* ita ad expressam ejus reuocationem idem numerus testium sit necessarius? Respondeo, vt codicillus, seu actio quæ ex illo daretur, ipso jure perimatur, necessarium esse, vt illa reuocatio fiat coram quinque testibus: non ita verò vt perimatur exceptione, & in foro conscientiæ. Priorem partem hujus resolutionis desumo ex Couar. *in rubr. de Testament. p. 2. num. 21. vers. Quod si codicilli*, Molina Jurista, *lib. 1. de Primogen. cap. 9. numer. 56.* Molin. Theol. *disp. 202. num 1*, & alijs apud Mascard. *conclus. 1286. num. 82.* dum asserunt, quòd ad expressam reuocationem legatorum requirũtur quinque testes, itaut talis reuocatio habeat saltem eam solemnitatem, quæ ad confectionem codicilli requiritur. Quòd Mascardus *citat*: intelligit ad effectum, vt legatum ipso jure perimatur; & accõmodari omnino debet reuocationi codicillorum, pro quibus eadem est reuocandi facultas, quę pro legatis, vt jam notauimus.

482 Probant aliqui dictam priorem partem argum. text. *in §. Ex eo, Inst. Quib. mod. testam. infirm.* vbi decernitur testamenta non posse infirmari ex eo solú, quòd postea testator noluerit illud valere, nec prius testamentum rite factum irritum fieri per secundum, nisi secundum sit solemne. At hoc argumentum non est efficax; quia constat difficiliùs infirmari testamentum, quàm alias vltimas voluntates. Melior probatio sumitur, *ex l. Nihil tam naturale, 36. ff. de Regul. jur.* ibi; *Nihil tam naturale, quàm eo genere quodque dissoluere, quo colligatum est.* Accedit præterea ratio; quia ipsamet reuocatio expressa, qua quis declarat se nolle vt valeant codicilli quos antea fecerat, est quædam vltima voluntas: omnis autem vltima voluntas, vt sit perfecta & solemnis, qualis saltem in foro externo requiritur vt sit efficax, exigit ad minimum quinque testes, *l. vlt. in fin. Cod. de Codicillis.*

Aliam partem, quòd scilicet non requirantur quinque testes ad reuocationem, qua codicilli ope exceptionis, & in foro conscientię perimantur, desumo ex Glos. *in l. Fideicommissum, 27. vers. Probata, Cod. de Fideicom.* quæ docet, vt exceptione tollantur legata, sufficere cõtrariam voluntatem non solemnem, siue sit expressa, siue tacita, per text. *in l. 3. §. vlt. ff. de Adim. leg.* ibi; *Non solùm autem legata, & fideicommissa adimi possunt, & quidem nuda voluntate.* Vbi etiam Glos. *vers. Nudâ*: & ex Mascardo *vbi supra*, Pichar. *Inst. de Adempt. leg. n. 39.* Thom. Valasc. *Allegat. 73. num. 11.* & alijs qui tenent expressam reuocationem duobus testibus probatam sufficere, vt legata exceptione perimantur. Quod pari ratione in quauis dispositione codicillari intelligendum est, vt ex dictis cõstat. Et quidem quòd codicilli nuda voluntate etiam expressâ infirmentur, tradit in specie Menchaca, *de Success. progressu, lib. 3. §. 30. num. 24. & 57.* 483

Fundamentum hujus partis est, quia vt codicilli obligationem naturalem inducant, & sint validi in foro conscientiæ, nullam requirunt solemnitatem, vt latè probauimus, *§. 4. dub. 5.* & tradit Menchaca, *d. §. 30. num. 5. & 29.* & Pichar. *in §. vltim. num. 6. Inst. de Codicil.* per text. *in eod. §. vlt.* ibi; *Nullam solemnitatem ordi-* 484

ordinationis desiderant. Ergo etiam vt perimantur quoad obligationem naturalem, & in foro conscientiæ non requiritur reuocatio solemnis, sed quælibet contraria voluntas sufficit, tum ex dicta regula, *l. Nihil tam naturale, 36. ff. de Regul. jur.* vt bene arguit Menchaca, *d. numer.* 24. tum etiam, quia ipsamet reuocatio expressa codicilli antea facti est quidam nouus codicillus contrarius, non requirens vllam solemnitatem ad sui valorem pro foro conscientiæ: vnde licèt non sit solemnis, id non obstat quominus pro foro conscientię sit efficax, & tollat obligationem naturalem quæ ex priori codicillo oriretur, si reuocatus non esset. Vbi autem obligatio naturalis aliquid præstandi tollitur, id sufficit ad submouendam actionem aduersarij exceptione mali doli, cùm petat quòd alter non tenetur præstare. Imò etiam sufficit, vt si fortè per errorem fuerint præstita, quæ in codicillis non solemniter reuocatis relicta sunt, repeti posint tanquam indebita; quia licèt ea relicta non adimantur ipso jure, sed ope exceptionis; attamen, qui perpetuam habet exceptionem, solutum per errorem repetere potest, *l. 2. & l. Qui acceptionem, ff. de Condict. indeb.* & ita in simili docet Mantica, *lib. 12. de Conject. vltim. volunt. tit. 5. numer. 12.* cum Ripa asserente id esse verissimum.

485 Secundum dubium: vtrum quemadmodum prius testamentum tollitur per posterius validum, *§. Posteriore, Inst. Quib. mod. testam. infirm. l. Si quis priore, ff. Ad Trebel. cum simil.* ita etiam per posteriores codicillos infirmentur priores? Respondetur negatiuè, nisi posteriores codicilli fuerint prioribus contrarij. Ita communiter DD. in l. 3. *Cod de Codicil.* per ipsum text. ibi; *Si contrariam voluntatem continet*. & per text. *in §. vlt. Inst. eod. tit.* ibi; *Codicillos autem etiam plures, quis facere potest*, vbi Glos. *verb. Plures*, explicat, vt etiam omnes valeant, nisi contrariam contineant voluntatem. In testamentis autem non ita se res habet, quia seclusо priuilegio militari, de quo in *l. Quærebatur, ff. de Milit. testam.* nemo permittitur cum pluribus testamentis decedere: & ideo per posterius validum necessariò prius testamentum ipso jure reuocatur.

Adderem tamen prædictam resolutionem debere intelligi, quando in posterioribus codicillis solùm disponeret codicillator de aliqua parte suorum bonorum; secus autem quando disponeret de omnibus suis bonis, & dubium esset an vellet à prioribus codicillis recedere, vt in simili sentiunt Barthol. Bald. & alij quos citat, & sequitur Mantica, *lib. 6. de Conject. vlt. volunt. tit. 1. num. 21.* asserentes, quòd cùm miles posit decedere cum pluribus testamentis validis, si fecerit secundum testamentum, & in eo disposuerit de omnibus suis bonis, debet in dubio censeri voluisse recedere à primo, & sic primum irritari: si autem solùm dispoſuerit de parte bonorum, vtrumque testamentum valere. Quæ sententia, quoad vtramque partem pari ratione videtur militare in codicillis. 486

Illud etiam aduertendum, non debere facilè judicari dispositionem factam in posterioribus codicillis, esse contrariam dispositioni factæ in prioribus, vel in testamento priùs condito, sed ita esse interpretandam, vt ei non contradicat quoad fieri posit. Decius *cons* 337. & Mantica, *d lib. 6. tit. 4. num. 8.* Cùm enim dispositio testatoris pro lege debeat obseruari, *§. Disponat, Auth. de Nupt.* sicut lex ipsa non intelligitur correcta, nisi specialiter exprimatur, *l. Præcipimus, in fin. Cod. de Appellat.* ita etiam voluntas testatoris non debet intelligi mutata, nisi hoc manifestum sit, saltem ex legitimis conjecturis, vt cum Curt. juniore notat idem Mantica, *lib. 12. de Conject. tit. 2. num. 3.* 486

Vnde vlteriùs addendum, si dictæ dispositiones reuerà sint contrariæ, sed tamen ita posint interpretari, vt posterior non contradicat priori in totum, sed solùm in partem, tunc vtramque valere quoad partem, in qua contradictio vitari potest. Quamobrem, si res, quæ in primis codicillis legata fuit vni, legetur in 488

 le-

secundis alteri, non videtur legatum ademptum à primo legatario, sed ambo manent re conjuncti, itaut faciant sibi partes per concursum, nisi contrarium probetur. Aretin. *in l. Si pluribus*, 33. *§. Si conjunctim neque, ff. de Leg.* 1. Bald. *in l. Cohæredi, §. Cohæres, in fine, ff. de Vulgar.* & alij quos citat, & sequitur Mantica, *loco proximè citato*, & sumitur apertè, *ex d. l. Si pluribus*. Atque idem esse dicendum quando non apparet, quinam ex dictis codicillis priùs fuerint confecti, probat latè Ricciardius, *in tit. de Adempt. legat. num.* 11.

§. 7. *Quando Codicilli, seclusa reuocatione, ex post facto infirmentur?*

SUMMARIUM.

Assignantur remissiuè aliqui casus, in quibus codicilli ex post facto infirmantur; num. 489.

Vtrùm infirmentur codicilli, si codicillator capite minuatur, seu statum suum amittat? & qui dicantur capite minui? num. 490. *cum seqq.*

Testamentum factum ab eo qui postea capite minuitur, redditur nullum, & idem est de codicillis, siue sint facti à testato, siue ab intestato; n. 491. *Quæ sit radix hujus nullitatis? num.* 492. *& sequenti.*

Bona damnatorum, qui patiebantur maximam, vel mediam capitis diminutionem, statim olim publicabantur, hodie verò sunt applicata certis personis; ibid.

Bona eorum qui se dant in arrogationem transeunt in potestatem arrogatoris simul cum persona ipsius arrogati: & quomodo id se habeat? num. 492.

Etiam bonorum proprietas, quam arrogatus retinet, integrè reseruatur arrogatori, & in eum transire debet, si eo viuente arrogatus decedat; num. 493. *ad finem.*

Non irritatur testamentum, neque codicilli ejus qui postea capite minuitur per captiuitatem; num. 494.

Codicilli facti in captiuitate conualescunt reuerso in patriam testatore, si testamento ante captiuitatem facto fuerant confirmati: secus si confirmati non fuerant, vel testator in captiuitate decessit; num. 495.

Quando testamentum, vel codicilli facti sunt irriti ob diminutionem capitis testatoris, talis voluntas jure prætorio conualescit, si testator tempore mortis in pristinum statum sit restitutus; num. 496. *Quomodo id intelligatur in testamento, & codicillis ejus qui minutus est capite ob arrogationem; numer.* 497.

Vtrùm si hæres institutus sub modo priuetur hæreditate, eoquod post illam aditam modum tempore præstituto à testatore non impleuit, pereant codicilli quos ipse testator fecit? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua; num. 498. *Resoluitur quæstio negatiuè; n.* 499.

Hæres non implens voluntatem defuncti priuatur hæreditate, si à judice admonitus intra annum non pareat: non propterea tamen pereunt legata, & aliæ voluntates defuncti; eod. num. 499. *&* 516.

Quomodo intelligatur, quòd modus, & conditio æquiparantur in fine; n. 500.

Non semper is qui modum culpâ suâ non impleuit, priuandus est bonis ei sub tali modo relictis; sed solùm quando intelligeretur, testatorem voluisse vt priuaretur; num. 501.

Vtrùm pereant codicillii facti ab eo qui testamentum etiam fecit, si filius ejus jure Suitatis, non verò immistionis, hæres extitit; postea verò vsus beneficio prætoris ab ipsa hæreditate abstinuit? num. 502. *& seqq.*

Si filius famil. à patre institutus, & simul fratri impuberi pupillariter substitutus à paterna hæreditate abstineat, id non obstat quominus substitutio maneat confirmata per existentiam sui hæredis, & ipse filius possit ex illa succedere in hæreditatem pupilli; d. n. 502. *& seq.*

Existentia Suitatis solùm confirmat ea, quæ

liter grauati? d.num.517.

Grauari non potest à testatore, qui honoratus ab eo non est; num.518.

Quando defunctus simpliciter fideicommisit à legitimis hæredibus, censentur grauati quicunque in ejus hæreditatem succedunt, licèt sint remotiores in gradu; num.519.

Testator non potest grauare hæredem sui hæredis, & cur? num.520.

Vtrùm si is qui testamentum fecit, fideicommittat dicendo, Quisquis mihi hæres erit, &c. *solùm intelligatur grauare hæredes scriptos in testamento, ita ut si hi non adeant hæreditatem, licèt adeatur per venientes ab intestato, pereat nihilominus fideicommissum? num. 521. & seqq.*

In eum qui nominatus non est in testamento non cadit affectio testatoris; numer.522.

Verbum, Quisquis, *cùm sit distributiuum, refertur suaptè natura ad plures ejusdem notæ, saltem duos, & non ad vnum tantùm; num.524.*

Explicatur text. in l. Qui liberis, 8. §. Hæc verba, ff. de Vulgari; *ibid.*

Verba, Hæres meus dato, *& quisquis mihi hæres erit, quando æquiparentur; num.525.*

489 Circa infirmationem codicillorum ex postfacto, jam aliqua sunt expedita hac ipsa, *sect. §. 2. not. 1. & 2.* vbi tradidimus codicillos confirmari regulariter ob annullationem testamenti, siue antea, siue postea facti; & ob non aditam hæreditatem ex testamento, vel ab intestato, additis simul limitationibus, in quibus id fallit. Atque ibidem etiam, *num.391.* attigimus, quando codicilli ab intestato ob filij natiuitatem infirmari censeantur. Adhuc tamen non vulgares hac in re supersunt dubitationes, quæ prætereundæ non sunt.

490 Prima dubitatio est: vtrum infirmentur codicilli, si codicillator capite minuatur, seu statum suum amittat? Vt si damnetur ad mortem naturalem, vel ciuilem, qui damnatus efficitur seruus pœnæ, & dicitur pati maximam capitis diminutionem: vel si deportetur, aut ei aquâ, & igni interdicatur, qui dicitur pati mediam capitis diminutionem; vel denique si se arrogandum præbuit, qui cùm suum statum amittat, transeundo in potestatem arrogatoris, cùm antea esset sui juris, capite etiam dicitur minui, & hæc diminutio est minima, prout hæc omnia planè constant, tum ex alijs juribus, tum *ex Inst. de Capitis diminutione,* vbi planè Glossa. Et quòd attinet ad damnatos, qui maximam, vel mediam capitis diminutionem patiuntur latè à nobis id explicatum est, *disp. præced. sect.2 §.6.*

Quibus suppositis ad propositam dubitationem respondetur affirmatiuè: quia si talis codicillator fecerat etiam testamẽtum, antequam capite minueretur, certum est quòd tam ipsum testamentum, quàm codicilli sequuta diminutione irritantur. Nam quòd testamentum irritetur, habetur expresse, *§. Alio quoque modo, Inst. Quibus mod. testam. infirm.* pereunte autem testamento, etiam codicilli, siue ante, siue post illud facti pereunt, *l. 1. juncta Glos. verbo, Non venit, Cod. de Codicil. l. Siquis cùm testamentum, 3 §. fin. ff. de Iure codicil.* & diximus, *supra, d.§.2.num.392.* Si autem solùm fecerat codicillos, volens decedere absque testamento, tunc etiam tales codicillos infirmari, non secus quàm testamentum, si factum esset, tradit Menchaca, *lib. 3. de Success. creat. §.30. num 68. & seq & numer.55. per l. Siquis filio, 6. §. Irritum, ff. de Injusto rupto testam. juncta l. 2. ff. de Leg. 1.* & alia jura, quibus decernitur testamentum ejus qui postea damnatur ad mortem, vel aliàs capite minuitur, reddi irritum, nec valere codicillos factos ab eo qui testabilis non est. 491

Radix verò, & proprium fundamentum hujus resolutionis est, quia per capitis diminutionem amittit persona statum suum, & cum eo jus quod habebat ad disponendum liberè de bonis. Olim nanque bona damnatorum, qui patiebantur maximam, vel mediam capitis diminutionem, statim publicabantur, vt habetur, 492

tur, *l. Ejus qui*, 8. §. *Si cui*, *ff. de Testameni*. Hodie verò sunt applicata certis personis, ex dispositione juris noui *in Auth. Bona damnatorum, Cod. de Bonis præscriptorum*, & per jus Lusit. *lib.* 2. *Ordin. tit.* 26. §. 28. Bona verò eorum, qui capite minuuntur, per arrogationem trāseunt in potestatem arrogatoris simul cū persona arrogati; qui efficitur de familia, seu filiusfamilias arrogatoris, *l. pen. §. Testamento, ff. de Bonor. possess. secundùm tabul.* Et quidem antiquitus omnia bona ejus qui se in arrogationem dabat, pleno jure acquirebantur arrogatori; hodie verò solùm ei acquiruntur quoad vsumfructum instar filiorum naturalium, vt habetur, *Inst. de Acquisitione per arrogationem, in princip.* & declarat latè Pichard. *ibid. num.* 92. Cùm autem omnes prædictæ personæ ita suum amittant statum, vt etiam in jure circa bona quæ habebant, tantam mutationem subeant, inde effectum est vt non tantùm redderentur intestabiles, sed etiam vt irritaretur testamentum quod antea fecissent; vt plenè constat *ex d §. Si cui, in fine*, ibi: *Bonaque eorum publicantur, vnde apparet omittere eos factionem testamenti, & ex l. Conficiuntur*, 8. §. *Si post factum, ff. de Iure codicil.* vbi dicitur infirmari testamentum ejus, qui post illud factum se arrogandum præbuit, quòd talis videatur quodammodo de alienis testari: idemque habetur, *d. l. pen. §. Testamento*; ibi: *Quia dando se arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domum alienam transferat*: talis autem mutatio quoad personam & bona, pari ratione militat contra codicillos antea factos, atque contra testamentum; nam ratio, cur testamentum irritatur, est quia sublato jure quod persona habebat relinquendi sua bona, quibus voluisset, necesse est vt testamentum, quo antea de illis disposuerat, non maneat in eodem statu. Quæ ratio etiam euincit, non debere permanere codicillos, quibus antea de bonis disposuisset, vt satis per se constat. Alioqui facilè posset eludi, quod prædictæ leges circa bona illarum personarum statuunt; siquidem qui scirent, aut suspicarentur se esse amissuros statum ex damnatione, vel statuerent se dare in arrogationem, possent disponere in codicillis de omnibus suis bonis per quam dispositionem, si firma esset permansura, planè eluderetur prædictarum legum dispositio, vt patet.

Neque obstat, quòd leges quibus olim 493
dictæ personæ suis bonis priuabantur, sunt magnâ ex parte correctæ, vt vidimus. Nam adhuc per jus nouum illæ personæ tantam subeunt mutationem circa bona, quæ ante capitis diminutionem habebant, vt ea sufficiat ad irritanda testamenta, & codicillos quos antea fecissent: siquidem bona damnatorum, quæ olim per dictas leges publicabantur, certis personis applicantur; idque sufficit, vt etiam hodie irritentur tam testamenta ab illis damnatis facta, vt notauit Gloss. *in d. l. Ejus qui*, 8. §. *Si cui, vers. Publicabuntur*, quàm etiam eorundem codicilli, cùm per illam bonorum applicationem sublatum ab eis sit jus ea relinquendi, quibus vellent; quæ juris priuatio tam testamentum, quàm codicillos eorum euertit. Et similiter se res habet in arrogato. Nam licèt hodie non amittat proprietatem bonorum, attamen cùm per arrogationem transeat tam quoad personam, quàm quoad bona in familiam, & domum arrogatoris, eique maneat quoad omnia subjectus, sicut filius familias respectu patris naturalis (qua de re latè Pichar. *Inst. de Acquisitione per arrogat. in princip. à num.* 22. id sufficit vt etiam testamentum, & codicilli, quos ante arrogationem fecisset, in eodem statu non maneant: maximè cùm ipsa etiam bonorum proprietas, quam arrogatus retinet, integrè reseruetur arrogatori, & in eum transire debeat, si eo viuente arrogatus decedat, vt habetur, §. 1. *Inst. de Acquisit. per arrogat.* Quòd vtique non staret, si testamentum, vel codicilli, in quibus ante arrogationem de bonis disposuerat, vim suam retinerent, vt per se constat.

Aduerte autem primò, cùm dicimus 494
irri-

irritos fieri codicillos, & testamentum ex capitis diminutione, id fallere in eo qui post testamentum, vel codicillos legitimè factos capite minuitur per captiuitatem, nam licèt is maximam patiatur capitis diminutionem amittendo ciuitatem, & libertatem, *§. Maxima, Inst. de Capitis diminut. & l. Si quis filio, 6. §. Irritum, ff. de Injusto rupto test.* & propterea nec testari, nec codicillari validè possit, *§. vlt. Inst. Quibus non est permissum facere testam. l. In bello, §. Medio tempore, vers. Codicilli, ff. de Captiuis*; attamen speciali captiuorum fauore constitutum est, vt testamentum, quod ante captiuitatem fecerant, sustineatur, vel jure postliminij si in patriam reuertatur, vel si in captiuitate decesserint, ex fictione legis Corneliæ, quæ fingit eum qui in captiuitate decedit, liberum, & in ciuitate antequam caperetur, decessisse, *l. Lege Cornelia, 12. ff. de Testam. l. Lex Cornelia, 28. ff. de Vulgari, l. In omnibus, 18. ff. de Captiuis, d. §. vlt. Inst. Quibus non est permiss. fac. testam.* Quod etiam probat, codicillos ante captiuitatem factos similiter conseruari, vt bene aduertit Menchaca, *lib. 3. de Successión. creat. §. 30. numer. 68.*

495 Imò & codicilli facti in ipsa captiuitate, si testamento ante illam condito confirmati fuerant, conualescunt reuerso in patriam testatore, vt habetur, *d. l. In bello, §. Medio tempore, vers. Codicilli*; vbi ea ratio redditur, quia licèt tales codicilli de rigore juris non valeant, vtpote à persona intestabili facti, tamen cùm sint confirmati testamento legitimè antea facto, dicente testatore, *codicillos quos faciam confirmo*, & postea reuersus testator jus suum postliminio recipiat, æquum fuit, ita eos suum effectum habere, ac si medio tempore nulla captiuitas intercessisset. Vnde à contrario, secus erit dicendum, si vel testator in captiuitate moriatur, vel codicilli antea confirmati non fuerant.

496 Aduerte secundò, etiam quando testamentum, vel codicilli ex diminutione capitis testatoris facti sunt irriti, talem voluntatem jure Prætorio conualescere, si testator tempore mortis in pristinum statum sit restitutus; vt si fuerat capite minutus ex damnatione, qua ciuitatem vel etiam libertatem amiserat, & decessit his jam recuperatis: vel si passus fuerat diminutionem ex arrogatione, & tempore mortis jam erat sui juris. Sic quoad testamentum habetur, *§. Non tamen, Inst. Quibus mod. test. infirm. l. Conficiuntur, 8. §. Si post factum, ff. de Iure codicil. & l. pen. §. Testamento, ff. de Bonor. possess. secundùm tab.* Idemque esse in codicillis, docet bene argumento prædictorum jurium Menchac. *d. §. 30. n. 55.* quanuis solùm loquatur in casu arrogationis.

Notandum verò est, quòd testamentum ejus qui postea se arrogandum dedit, vt vires resumat, & scripto hæredi bonorum possessio cum ipsa re concedenda sit, postulatur, *in d. §. Testamento*, quod testator jam sui juris effectus nouâ aliquâ voluntate declaret, se cum eodem testamento mori velle: atque ita esse tenendum per illum text. nihil obstante quòd *in d. §. Non tamen*, nulla talis nouæ voluntatis fiat mentio, docet Accurtius, *in d. §. Non tamen, verbo, Fuerit, & in l. 1. §. Exigit, verbo, Vtroque tempore, ff. de Bonor. possess. secund. tabul.* Barth. Jacob de Aret. & Abbas testantes de communi *in d. l. Conficiuntur, §. Si post factum* Riminal. *in l. Posthumo, n. 270. & 298.* Menchac. vbi *sup.* & plures alij quos citat Pichard. *Inst. de Adoptionibus, in explicatione, l. Si arrogator, num. 29. ff. de Adoption.* qui etiam testatur hanc sententiam esse communem; & illam re ipsa sequitur *num. 34.* ubi illum videas, *& in d. §. Non tamen, num. 14. Inst. Quib. mod. testam. infirm. & Inst. de Acquisitione per arrogat. in princip. num. 56.* Ut autem conualescat testamentum ejus qui post illud factum ciuitatem, vel etiam libertatem ex damnatione amisit, & tempore mortis restitutus est, nulla noua voluntas, vel declaratio necessaria est, vt tradit idem Pichar. *in d. §. Non tamen, num. 15. Per bonum text. in l. Si quis filio, 6. §. Quatenus, ff. de Injusto rupto testam.* 497

Et

Et ratio discriminis est, quia qui se in arrogationem dedit, cùm voluntariè mutauerit statum, videri potest mutasse etiam voluntatem testamenti antea facti; & ideo visum meritò fuit, vt non aliter illud testamentum, dissoluta arrogatione, sustineretur, quàm si nouum testatoris judicium accederet. Qui autem ex damnatione statum amisit, inuitus eam mutationem passus est, & ideo non præsumitur pristinam voluntatem mutasse, sed potiùs in ea perstitisse; proindeque non oportuit aliam nouam ejus voluntatem interuenire, vt testamentum conualesceret. Vnde etiam in codicillis hæc ipsa distinctio obseruanda est: vt nimirum codicilli ante arrogationem facti noua aliqua voluntate post finitam arrogationem confirmari debeant, ad hoc vt conualescant, vt notauit Menchaca, *loco supra citat.* in alijs verò sufficiat, quòd fuerint legitimè confirmati, & codicillator mortis tempore restitutus sit.

498 Secunda dubitatio est: vtrum si hæres sub modo institutus priuetur hæreditate, eoquod post illam aditam modum non impleuerit intra tempus à testatore præfinitum, pereant codicilli quos ipse testator fecit? Ratio dubitandi pro parte affirmatiua est, quia si hæres sit scriptus sub conditione, eaque deficiat, perit testamentum, *§. Posteriore, Inst. Quib. mod. testam. infirm.* & consequenter etiam pereunt codicilli; cùm annullato testamento, codicilli etiam euanescant, *l. Siquis cum testamento, 3. §. final. ff. de Iure codicil.* & diximus *supra, §. 2. numer.* 391. Idem autem videtur dicendum, quando hæres fuit scriptus sub modo, & culpâ suâ modum non impleuit. Nam modus, & conditio æquiparantur in fine, seu inspecto exitu, *leg. 1. & ibi Glos. verb. Pro conditione, Cod. de His quæ sub modo*; quia nimirum sicut deficiente conditione manet dispositio irrita, & carens effectu à principio, ita non impleto modo, potest irritari, & tolli ejus effectus, ac si à principio fuisset nullus. Quare sicut deficiente conditione, sub qua hæres fuit institutus, perit institutio, ac totum testamentum, & consequenter etiam codicilli; ita etiam hæc omnia peribunt, si institutus sub modo, ipsum modum non impleuerit, eàque de causa hæreditate priuetur.

Tenendum nihilominus est, non perire codicillos in casu proposito. Nam modus institutioni adjectus non tollit, quominus legitimè adeatur hæreditas, antequam ipse modus sit impletus, vt apud omnes est in confesso: vbi autem hæreditas est adita, confirmantur codicilli; nec eis obest quod postea non impleto modo hæres priuetur hæreditate. Primò, quia pro ipsis codicillis in tali casu videtur stare regula, *Factum legitimè, 73 de Regul. jur. in 6.* & regula, *In ambiguis, pro dotibus, 85 §. Non est nouum, ff. eod. tit.* Secundò, quia vbi talis hæres adiuit hæreditatem, statim honorati in codicillis acquisiuerunt jus ad sibi relicta; imò si eis relictæ sunt res certæ, & propriæ testatoris statim acquisiuerunt dominium illarum, *l. A Titio, 66. ff. de Furtis, l. Si tibi homo, 88. §. Cùm seruus, ff. de Leg. cum similibus.* Jus autem alicui quæsitum absque facto ejus non amittitur, *l. Id quod nostrum, 11. ff. de Regul. jur.* ac proinde quanuis hæres in casu proposito hæreditate priuetur, id non sufficit vt honorati in codicillis amittant illud jus, quod codicillis aditione confirmatis acquisiuerunt; & ita non efficit, vt codicilli infirmentur. Tertiò denique quia hæres, non implens fideicommissum, vel aliam voluntatem defuncti; priuatur hæreditate, si à judice admonitus, intra annum non pareat, vt expresè decernitur *in Auth. Hoc amplius, Cod. de Fideicommis.* quæ est sumpta *ex Auth. de Hæred. & Falcid. §. Siquis autem non implens* vbi Glos. verb. *Auferri*, notat taliter priuatum desinere ipso jure esse hæredem (licèt id neget Jul. Clar. *de Testament. quæst. 69. vers. Intellige tamen:*) & tamen non propterea pereunt legata, 499

& aliæ voluntates defuncti; imò expressè jubentur impleri, vt patet *ex dict. §. Siquis autem*, ibi: *Omnibus modis, quod præceptum est per testantem, impleatur.* Ergo etiam in nostro casu non pereunt codicilli, licèt hæres ob modum non impletum hæreditate priuetur. Tradit hanc sententiam Menchaca, *lib. 3. de Success. progressu*, *§. 30. numer. 61.* licèt eam non firmet, imò cogitandum circa illam moneat. Nobis tamen videtur omnino vera ex duobus postremis fundamentis, quorum ille non meminit.

500 Neque ratio dubitandi pro contraria parte elicujus est momenti. Est enim longe diuersa ratio in nostro casu, atque in casu, quo hæres non impleuit conditionem sub qua fuit institutus. Nam licèt pro regula habeatur, quod modus, & conditio æquiparantur in fine, id procedit in præjudicium ejus, qui modo, vel conditioni non paret, quatenus scilicet, vt is qui non paret conditioni, ita & qui non paret modo, relictum non habet, vt declarat Glos. *in dict. leg. 1. Cod. de His quæ sub modo*, Non autem in præjudicium aliorum. Nam conditio cum suspendat dispositionem, & si deficiat, reddat eam à principio nullam, præjudicat omnibus, qui ab ipsa dispositione emolumentum caperent, si valida esset. At verò modus non suspendit, neque tollit, quominus dispositio suum habeat effectum, & jus ex ea quæratur, antequam ipse modus impleatur. Vnde, cùm nemo jus sibi quæsitum amittat absque culpa, vel facto suo, *dict. leg. Id quod nostrum, ff. de Regul. jur.* fit, vt defectus modi solùm præjudicet in jure quæsito ijs qui tenebantur illum implere; non verò alijs qui ex dispositione à principio valida jus acquisierunt. Et sic in nostro casu omissio implendi modum solùm efficit, vt hæres, qui illum tenebatur implere, priuetur hæreditate, quam per aditionem acquisierat, non vero vt alij in eodem testamento, vel codicillis honorati priuentur sibi relictis.

Adde, quod non semper is qui modum culpa sua non impleuit, priuandus est bonis sub tali modo relictis, sed solùm quando intelligeretur, testatorem voluisse, vt si modum non impleret, illis priuaretur. Qua de re videndus Molina Theol. *tom. 1. disput.* 208. Rebel. 2. *p. lib.* 18. *quæst.* 14. *numer.* 4. Lessius *lib 2. cap.* 18. *dub.* 16. & Bonac. *disput.* 3. *de Contract. quæst.* 1. *p.* 4. 501

Tertia dubitatio est: vtrum pereant codicilli facti ab eo, qui testamentum etiam fecit, si filius ejus jure Suitatis, non autem immistionis, hæres extitit, postea vero vsus beneficio prætoris ab hæreditate abstinuit? Respondet negatiue Menchaca, *lib. 3. de Success. progressu*, *§ 30. numer.* 64. eo fundamento, quia si filius in potestate à patre institutus, & simul fratri impuberi pupillariter substitutus, ex dicto beneficio juris Prætorij à paterna hæreditate abstineat, nihil id obstat, quominus substitutio per existentiam Sui hæredis maneat confirmata, & ipse filius possit ex illa obtinere hæreditatem, pupilli, vt est communis, & vera omnium sententia per text. expressum, *in l. Si filius, 12. ff. de Vulgari, & l. Filius qui se paterna, ff. de Acquir. hæred.* Ergo similiter in nostro casu, licèt filius abstineat ab hæreditate ex testamento paterno, & sic ipsum testamentum euanescat, nihil id officiet codicillis, quominus maneant confirmati ipsa existentia Sui hæredis, & ita sustineri debeant, sicut dicta substitutio: idque à fortiori: nam tabulæ pupillares magis accessoriæ sunt ad testamentum, quàm codicilli, siquidem pater non potest substituere filio pupillariter, nisi sibi ipsi fecerit testamentum, *l. 1. & leg. 2. §. Prius, ff. de Vulgari*; codicilli autem fieri, & subsistere possunt nullo facto testamento: vnde si pupillaris substitutio persistit, non obstante quod per dictam abstentionem filij testamentum paternum, euanescit, à fortiori persistent codicilli. 502

Hæc

Hæc tamen resolutio solùm potest, &
503 debet admitti in codicillis tendentibus ad fauorem filij, & quatenus ei possunt afferre commodum. Quia existentia Suitatis solùm confirmat ea, quæ tendunt ad fauorem, & vtilitatem filij, vt tradunt communiter DD. per text. *in dict. l. Si filius, 12. ff. de Vulgari* vbi Barth. *numer.* 6. Angel. de Perusio, *numer.* 2. & 5. Ioan. de Imola, *col.* 6. *ver. Quintus est.* Alex. de Imola, *numer.* 9. *col.* 4. *in princip.* Iason, *numer.* 11. Paul. Castr. *numer.* 3. & omnes, & per text. *in l. 1. in fin. ff. Vt in possess. legat.* Atque id tantùm probat exemplum Pupillaris substitutionis, quæ vt etiam DD. notant, propterea confirmatur & sustinetur in prædicto casu, quia tendit ad fauorem, & commodum ipsius filij substituti. Vnde bene hoc ipso exemplo probatur, quòd etiam per existentiam Sui hæredis confirmabuntur codicilli quos testator ad fauorem ipsius filij fecerit, itaut nihil illis, quatenus fauorem continent, officiat abstentio filij à paterna hæreditate: quod est apertè de mente Bartholi *sup. vers. Item vt aperietur,* vbi absolutè ait, quòd existentia Sui hæredis confirmat in omnibus casibus, in quibus filij commodum respicitur, vt Pupillarem substitutionem.

Quamobrem si pater instituit filium
504 hæredem, & in eodem testamento confirmauit codicillos, quibus ei tutorem dedit, licet filius abstineat ab hæreditate, & sic testamentum irritetur, tamen datio tutelæ, seu ipsi codicilli, quatenus eam continent, existentia Suitatis filij manebunt confirmati, eoquod datio tutelæ solùm tendat ad vtilitatem filij: qua in re omnes credo conuenient. Nam quod datio tutelæ confirmetur existentia Sui hæredis, communis omnium est sententia, teste Alex. de Imola, *in d. l. Si filius, numer.* 23. vbi Barth. *numer.* 6. & alij supra citat. *ff. de Vulgari, per text. in l. Si nemo, 2. ff. de Testament. tut.* idque ob eam rationem, quia continet filij commodum, non incommodum. Et licet filius abstinens solùm maneat hæres nomine, *l. Cùm quasi, 30. §. Sed & si quis, ff. de Fideicommissar. liber. l. Etsi ea modica, 6. ff. de Bon. libert. l. 2. §. Sed si sunt sui, ff. Ad Tertul.* tamen illud ipsum nomen non est omnino vanum, sed habet effectum in respicientibus commodum ipsius filij, vt patet in tabulis Pupillaribus, & notat Barth. *in d. l. Si filius, n.* 3. Nec refert, quòd text. *in d. l. Si nemo,* & DD. citati solùm loquuntur de tutela data in testamento. Nam per id, quo confirmantur scripta in testamento, confirmantur etiam scripta in codicillis ante, vel post testamentum factis, vt est notissimum, & constat facile, quia tales codicilli sunt pars testamenti, *l. penult. ff. Quemadmod. test. aper.* Et quæcumque in codicillis sunt scripta, perinde habentur, ac si in testamento scripta essent, *l. 2. §. 1. ff. de Iur. codicil.* Quod procedit etiam in codicillis non confirmatis testamento, *l. 3. §. vltim. ff. eod.* In præsenti autem solùm dicimus, confirmari, & manere firmam dationem tutelæ factam in codicillis confirmatis testamento, quia tutelæ non possunt iure dari codicillis, nisi sint confirmati testamento, *l. 3. ff. de Testament. tut.* Vnde etiam quando filius hæreditatem adiret ex testamento paterno, non confirmaretur, nec valeret datio tutelæ in codicillis non confirmatis ipso testamento, nedum quando ab hæreditate abstinuisset.

At si codicilli tendant ad graua- 505
men, & incommodum filij, vt si contineant legata & fideicommissa particularia, sicut ordinariè contingit, tunc siue sint confirmati testamento, siue non, admitti non potest, quòd prout continent tale grauamen, sustineri debeant, filio à paterna hæreditate abstinente, quasi ipsa existentia Sui hæredis confirmati fuerint. Quia vt iam ex communi sententia diximus, existentia Suitatis solùm confirmat, quæ tendunt ad fauorem filij, non autem quæ tendunt ad grauamen, vel incommodum. Ergo si filius abstineat, quamuis adhuc maneat hæres nomine, vt

diximus, nihil tale nomen efficit quominus legata, & alia grauamina in testamento, & codicillis patris relicta intercidere debeant; perinde acsi filius repudians heres Suus non esset. Quod planè constat, & apud omnes est indubitatum per *text. in d. l. Si filius*, 12. *ff. de Vulgar. & in l.* 1. *in fine, ff. Vt in possess. leg.* vbi expressè habetur, quòd abstinente filio hærede Suo à paterna hæreditate, non debentur legata in paterno testamento relicta. Qui textus etiam habet locum in legatis, quæ in codicillis ante vel post testamentum factis fuerint relicta, cùm hæc perinde se habeant, acsi relicta essent in testamento, & pars ipsius testamenti censeantur, *vt numer. præced.* aduertimus. Quare tenendum omnino est, quòd abstinente filio à paterna hæreditate sibi ex testamento relicta, non conseruantur codicilli quoad legata, vel similia grauamina in eis contenta, juxta generalem regulam, quòd non adita hæreditate ex testamento, nullius momenti sunt fideicommissa ex codicillis, qui condito testamento facti sunt. Quam regulam explicauimus *supra*, §. 2. *numer.* 399. & habetur expressè, *in l. Siquis cum testamentum*, 3. §. *vlt. ff. de Iure codicil.*

506 Excipe tamen legatum libertatis: hoc enim speciali fauore libertatis, sola existentia Sui hæredis confirmatur, ita vt quamuis Suus heres abstineat, libertas nihilominus competat. Est text. expressus *in d. l. Cum quasi*, 30. §. *Sed & si quis, ff. de Fideicom. liber. & in l. Secundum*, 33. *ff. de Manumiss. testam.* Et ita docent omnes. Vnde hoc ipsum admittendum est in legatis pijs, vt bene aduertunt Joan. Imola, *in d. l. Si filius*, 12. *col.* 6. *vers. Quintus est*, & ibi Jason, *numer.* 11. Alex. de Imola, *numer.* 9. Angel. & alij *ff. de Vulgari*, quia omnis fauor libertatis ad caussam piam extenditur.

507 Excipitur etiam fideicommissum vniuersale. Illud enim confirmari existentia Sui hæredis, docent *proximè citati* DD. quibus adde Cum. *in l. Si fratris*, 3. *numer.* 33. *Cod. de Iure deliber.* & videtur esse communis omnium sententia per text. *in l. Ita tamen*, 27. §. *Si pater, ff. Ad Trebel.* vbi Glos. & omnes. Atque ea ratio communiter redditur, quia filius hæres Suus grauatus fideicommisso vniuersali potest cogi adire hæreditatem, & restituere, *l. Recusare*, 6. §. *Meminisse, ff. eod.* Vnde quòd existentia Suitatis confirmet tale fideicommissum, nullum ipsius filij est incommodum, cùm solùm operetur quod aliàs necessariò euenturum erat. Limitat autem, seu declarat Angel. *in dict. leg. Si filius*, 12. *numer.* 2. *ff. de Vulgari*, hoc esse intelligendum, si filius institutus decessit, postquam fuit in mora adeundi, seu postquam jussus est adire, vt per *l. Non jussum*, 4. *Cod. Ad Trebel.* Nam si eo ante moram decedente, fideicommissum confirmaretur, talis confirmatio esset odiosa ipsi filio, vel saltem solùm in fauorem tertij. Quæ limitatio qua ratione admitti possit ex infra dicendis constabit.

Aliqui etiam excipiunt legata & fideicommissa particularia in casu, quo fuerint repetita ab hæredibus ab intestato, vt quando testator diceret; *Volo vt quicumque mihi hæres fuerit, siue ex testamento, siue ab intestato, præstet quæ his relinquo.* Vel quando in testamento apposuisset clausulam codicillarem. Tunc enim asserunt, legata confirmari existentia Sui hæredis in testamento scripti, quia quod confirmentur Suitate, non cedit in incommodum filij, siquidem alioqui virtute repetitionis confirmarentur. 508

At hoc meritò improbat Joan. de Imola, *in dict. l. Si filius*, 12. *col.* 6. *vers. Quintus est*, quem sequitur Alex. de Imola, *ibidem, numer.* 9. *vers. Secundo fallit.* Quia quantumcunque legata sint repetita ab hæredibus ab intestato, non debentur, nec obstat simile argumentum adductum, *numer. præced.* pro confirmatione fideicommissi vniuersalis, quia hæres

graua-

grauatus potest cogi adire propter fideicommissum vniuersale, non autem propter legata & fideicommissa particularia, *l. Mulier, §. fin. ff. Ad Trebel.* & ita cessante eorum confirmatione virtute Suitatis, non obtinetur necessario idem effectus per aliam viam.

509 Cæterùm, vt prædicta probè intelligantur, aduertendum est, filium jure Suitatis gaudentem, qui non adit, nec se immiscet hęreditati, dupliciter intelligi posse ab ea abstinere: vel expressè, & positiuè repudiando illam; vel solùm negatiuè, idest, neque illam repudiando, neque adeundo, illiue se immiscendo, sed tacendo, & nihil circa illam statuendo. Quando priori modo se habet, tunc propriè dicitur abstinere, & vti beneficio juris Prętorij quo talibus filijs indultum est, vt hæreditatem paternam ipso jure Suitatis statim quæsitam perinde possent repudiare, & se omnibus ejus oneribus liberare, ac si essent extranei, *l. Eum bonis, 86. ff. de Acquis. hæred. l. Nam nec emancipatus, ff. de Leg. 1. §. Sui, vers. Sed his prætor, Inst. de Hæred. qualit.* Vnde qui sic abstinuit, hæreditatem non transmittit ad hæredes, *l. Vnica, Cod. de His qui ante apertas tab.* attamen per ipsam abstentionem solùm definit esse hæres in effectu, seu vtiliter, non autem mero jure: semper enim retinet jura hæreditaria directa; quia Prætor, à quo remedium abstentionis manauit, efficere non poterat, vt quis desineret esse hæres directò, vt per text. *in §. Quos autem, Inst. de Bonor. possess.* aduertit Alex. de Imola, *in d. l. Filius, sub num. 9. col. 5. post med. ff. de Vulgari, & in l. Ex duobus, 34. §. Etiamsi contra tabulas, num. 4. ff. eodem,* estque ab omnibus receptum: & propterea post ipsam abstentionem dicitur manere hæres solo nomine, *l. Cùm quasi, 30. §. Sed & si quis, ff. de Fideicommiss. liber. cum simil.* quia abstinendo amisit jus, & dominium vtile, & sic jura directa, quæ retinet, mansere inutilia & sine effectu. Quando autem se habet posteriori modo, non tantùm nomine, sed etiam in effectu est hæres: id enim statim à morte testatoris operatur jus Suitatis, cui per beneficium Prętoris facultatem abstinendi concedens, nihil hac in parte derogatum est, *leg. 1. 1. §. Prætermittere, ff. Si quis omiss. caus. testam.* Neque hujusmodi beneficium, dum ad abstentionem, seu repudiationem deuentum non est, quidquam operatur contra vires Suitatis quoad ea quæ respiciunt commodum ipsius filij, sed solùm quoad ea, quæ respiciunt damnum & onus: & ideo non impedit transmissionem hæreditatis non aditæ ad quoscumque, neque confirmationem tabularum Pupillarium, &c. prout hæc omnia latè probat, & declarat Barth. *in d. l. Si filius, num. 6. ff. de Vulgari.*

Igitur quando in superioribus dicimus, per abstentionem filij à patre instituti infirmari codicillos ejusdem patris, quatenus continent legata, vel similia grauamina ipsi filio imposita, itaut quoad talia grauamina conseruari non debeant, præterquam in casibus, *numer. 506. & 507.* exceptis, intelligitur hoc de abstentione priori modo, quo filius positiuè recusauit, seu repudiauit hæreditatem. Nam si solùm abstinuit secundo modo, habendo se negatiuè, vt quia erat absens, vel volebat deliberare, vel aliâ quapiam de causa; tunc licèt per talem abstentionem impediatur confirmatio legatorum, & similium onerum, atque adeo & codicillorum, quatenus talia onera important, vt dictum est; attamen non infirmantur ipsa legata, neque codicilli, sed sunt veluti in pendenti, donec vel per aditionem hæreditatis confirmentur, vel per repudiationem pereant. Nec refert, quod ipse filius decedat, non aditâ, nec repudiata hæreditate; quia in tali euentu transmittit hæreditatem ad suos hæredes cum facultate, vt ipsi eam possint adire, vel repudiare, *l. Si quis filium, 17. §. 1. ff. de Acquir. hæred.* & tunc si ipsi adeant, confirmatur testamentum paternum, & consequentur ipsi codicilli, & legata, quibus pater filium grauauerat; vt ad rem præsentem notat in specie Joan. de 510

Imola *in dict. l. Si filius*, 12. *col.* 8. *vers. Quintus est*, *ff. de Vulgari*, estque omnino certum. Si autem repudient, tunc legata, & quælibet alia onera siue in testamento, siue in codicillis contenta interibunt, ex generali regula, quòd non adita hæreditate ex testamento, non valent quæ in ipso testamento, vel codicillis scripta sunt, *l. Si nemo*, 1. *ff. de Testam. tut. juncta l.* 3 *§. vlt. ff de Iure codicil.*

511 Hinc etiam pro fideicommisso vniuersali, de quò *num.* 507. dictum est confirmari existentiâ Sui hæredis, notandum quòd vel filius hæres Suus tali fideicommisso grauatus decedit non aditâ, nec repudiata hæreditate, & tunc transmittitur similiter hæreditas ad ejus hæredes cum potestate adeundi: & hi possunt cogi adire, & restituere, sicut ipse filius, vt notat Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 8. *argum. text. in l. Eam quam*, 14. & ibi Glos. *ver. Coguntur*, *Cod. de Fideicommiss.* estque communis sententia, quam tenet expressè Barthol. *in l. Ille à quo*, 13. *ff. Ad Trebel. num.* 2. *&* 6. Vel decedit repudiata hæreditate, & tunc vel mortuus est postquam fuit constitutus in mora adeundi; & in hoc casu certum est non perire fideicommissum, vt per *d. l. Non justam*, 4. *& l pen §* 1. *Cod. Ad Trebellian.* Vel est mortuus antequam esset in mora; & tunc videtur non confirmari, neque deberi fideicommissum, sicut non deberetur, si grauatus esset extraneus vt per *d. l. Ille à quo*, 13 *§. Si de testamento, in fine*, vbi Glos. Barth. & omnes, *ff. Ad Trebel.* Atque ita procedit limitatio, quam ex Angelo apposuimus, *num.* 507. Quæ certè videtur probabilis, quanuis eam impugnet Alex. de Imola, *in d. l. Si filius*, 12. *num.* 9. *vers. Sed tunc mihi.*

512 Quarta dubitatio est: vtrum quando testamentum fuit confirmatum aditione hæredis scripti, pereant nihilominus codicilli, si hæres in integrum restituatur aduersus aditionem, & hæreditatem à se dimittat, quia erat Minor, & se læsum sentit juxta, *l.* 1. *&* 2. *Cod. Si Minor ab hæred. se abstin.* cum simil. Respondet negatiuè Menchaca, *lib.* 3. *de Success. progress. §.* 30. *num.* 65. tum argum. Pupillaris substitutionis, quæ non perit quando filius à patre institutus, & simul fratri impuberi substitutus paternam hæreditatem adiuit, licèt postea aduersùs aditionem restitutus sit, vt per *d. l. Si filius*, 12. *ff. de Vulgari*, secundùm vnum intellectum, docent ibi scribentes, Barth. *num.* 2. Angel. *num.* 3. Alex. de Imola, *num.* 11. Joan. de Imola, Paul. Castr. & omnes. Tum etiam, quia beneficium Minoris nō debet cedere in præjudicium eorum qui codicillis honorati sunt, argum. *l. Nec auus*, 4. *Cod. de Emancipat. liber.* Facit etiam pro hac sententia, quòd quando quis priuatur hæreditate jam adita, coquod non impleuerit obligationes sibi à testatore impositas, vt per *Auth. Hoc amplius*, *Cod. de Fideicommissis*, licèt per hoc desinat esse hæres etiam directò, itaut ne nomen quidem hæredis retineat, vt aduertit Alex. de Imola, *in l. Si filius*, 12. *sub num.* 9. *col.* 5. *post med. ff. de Vulgari*, tamen non proinde pereunt legata, & codicilli à testatore facti, vt sup. *dubit.* 2. *num.* 499. probatum est.

Dicendum nihilominus est, quòd in 513
hoc casu pereunt codicilli quoad legata, & alia onera, si qua in eis fuerint relicta, & hæredi imposita: & solùm conseruari, quæ in eis fuerint disposita ad fauorem, & commodum ipsius hæredis; sicut in casu præcedentis dubitationis dictum est. Prior hujus resolutionis pars cōstat apertè per text. *in l. Nec nouum est*, 5. *ff. de Condict. indeb.* vbi habetur, quòd Minore restituto aduersùs aditionem hæreditatis, si fortè aliqua legata ante restitutionem soluerat, talia legata repetuntur à legatarijs. Ex quo tex. dicit Barth. *in d. l. Si filius*, *num.* 2. & Joan. de Imola, *ibid. col.* 2. *in fine*, quòd restitutione sequuta, nihil operatur aditio hæreditatis in ijs, in quibus hæreditas adita minuitur, vt in præstatione legatorum: & Alex. de Imola in eadem *l. Si filius*, *num.* 11. scribit, quod restitutio in integrum aduersùs aditionem operatur etiam quoad consecutiua testamenti, vt scilicet eorum confirmatio, quæ aditione hæreditatis obtenta fuerat

erat

erat, rescindatur, & pro non obtenta habeatur. Patet autem codicillos, de quibus loquimur esse consecutiuos testamenti, tendereque ad diminutionem hæreditatis aditæ: & sic per restitutionem hæredis aduersus aditionem, qua fuerant confirmati, ipsam eorum confirmationem elidi. Ratio sumitur ex ipsa natura, & virtute restitutionis in integrum, quæ est remedium rescissiuum omnis effectus, quem producit dispositio seu actus aduersus quem fit restitutio, itaut retro fingatur, talem actum non extitisse, *l. Quòd si minor*, 25. *§. Restitutio, ff. de Minor. l. vlt. Cod. de Sententiam passis, cum simil.* & reducit rem ad causam intestati, aperitque viam Substituto vulgari, *l. Etsi sine*, 8. *§. Sed quod Papinianus, ff. de Minor. l. Ex contractu*, 44. *ff. de Re judic. cum concord* Glos. *in d §. Sed quod Papin.* Angel. *in d. l. Si filius, num.* 3.

514 Alia pars præfatæ resolutionis, quòd scilicet in casu proposito conseruentur codicilli quoad dispositain cômodū hæredis, probatur; quia ille qui adiuit hæreditaté, & restitutus est, remanet hæres nomine, vt omnes fatentur, per *d. l. Etsi sine, §. Sed quod Papin ff. de Minor.* cōstatq; ea ratione, quia restitutio in integrum est remedium Prætorium; Prætor autem efficere non potest de hærede non hæredem, *§. Quos autem, Inst. de Bonor poßes.* Quare etiam post restitutionem manet hæres directò. Et hoc nomen non est omnino vanum; siquidem ratione illius manet firma substitutio Pupillaris, vt per *d. l. Si filius*, 12. *ff. de Vulgari.* Quod etiam in hærede extraneo restituto aduersus aditionem ex testamento, quo pupillariter substitutus est, admittunt Joan. de Imola, *in d. l. Si filius*, 12. *col.* 3. *in princ.* Alex. de Imola, *ibid. num.* 11. Barthol. Paul. Castr. & alij quos refert idem Alex. contra Angel. *ibid. num.* 3. Eadem autem est ratio in cæteris quæ respiciunt cōmodum ipsius hæredis, vt scilicet, non obstante dicta restitutione, firma permaneant. Et ita generaliter docet Barthol. *in d. l. Si filius, num.* 3. quod illud ipsum, *esse hæredem nomine*, quod post dictam restitutionem permanet, habet effectum in omnibus, in quibus commodum ipsius hæredis versatur. Et sic quod efficit, vt firmæ maneant dationes tutelæ, & similia, per quę hæreditas non minuitur Idéque tradit Alex. de Imola ibid. *col.* 6. & videtur esse communis sententia.

Atque ex his facilè soluuntur fundamenta prioris sententiæ, quatenus huic nostræ aduersatur. Nam primum, quo à substitutione Pupillari arguitur, solùm probat secundam partem nostræ sententiæ; cùm in illa substitutione versetur cōmodum ipsius hæredis. Ad secundam respondetur, non esse nouum, quòd beneficium restitutionis Minoribus concessum cedat in præjudicium aliorum; imò fere semper ita contingere, & necessarium esse, vt patet quoties Minor restituitur aduersùs contractus; siquidem per talem restitutionem amittunt, qui cum illis contraxerunt, jus omne, quod ex ipsis contractibus acquisierunt. Neque hoc est contra recepta juris principia. Nam quando dicitur, quod beneficium Principis intelligitur absque præjudicio, vel injuriâ tertij, vt *in d. l. Nec auus*; id procedit de pręjudicio in jure quæsito per actum omni vitio carentem: talis autem non est actus, aduersùs quem Minor restituitur; cùm semper contineat læsionem, & deceptionem ipsius Minoris, cui per remedium restitutionis succurritur. 515

Et hinc etiam respondetur ad id, quòd vltimò pro prædicta sententia adducitur; quia in eo casu ille, qui adita hæreditate priuatur, non desinit esse hęres ratione alicujus vitij in ipsa aditione, sed ob culpam postea admissam; & ideo non debuit elidi ipsa aditio, & acquisitio hæreditatis, quasi à principio fuerit nulla; atque adeò nec tolli omnis ejus effectus, & confirmatio legatorum, & codicillorum; sed solùm debuit delinquens priuari omni lucro hæreditatis, prout priuari jubetur, *in d. Auth. Hoc amplius*: at verò in nostro casu desinit restitutus esse hæres ob vitium aditionis, in qua læsus est, ac propterea ipsa aditio, & omnis ejus effectus, vt affert incommodum ipsi hæredi, prorsus 516

tolli, & rescindi debuit; & ita fit beneficio restitutionis vt probatum, & declaratum est.

517 Quinta dubitatio est: vtrùm codicilli ab intestato, quibus defunctis simpliciter fideicommisit ab hæredibus legitimis,seu ab intestato venientibus, pereant,si ij qui erant in gradu proximiore, hæreditatem repudient, & loco eorum subintrent, & succedant qui erant in gradu remotiore, quasi defunctus simpliciter fideicommittendo à venientibus ab intestato, solùm intelligatur voluisse grauare eos qui essent proximiores, tempore quo fideicõmisit? Affirmatiuam partem tenet Glos. *in l. Non iustam*, 4. *vers. Repetitum*, & ibid. Bald. *numer.* 8. *Cod. Ad Trebel.* item Glos. vlt. *in l. Si Titio & Mæuio*, 63. *§. Iulianus*, *ff. de Leg.* 2. Jason extollens prędictas Glos. *in Auth.Ex causa, in fine, Cod. de Liber. præter.* & alij. Solet afferri pro hac sententia text. qui videtur expressus, *in l.* 1. *§. final. ff. de Leg.*3. Sed hic textus nihil reuerà probat, quia loquitur, quando proximior in gradu fuit nominatim, seu specialiter grauatus. In quo casu indubitatum esse dicitur; *in d. §. final.* quòd remotiores, ad quos, illo proximiore repudiante, successio deuoluitur, non censentur grauati. Nos autem loquimur in casu quo defunctus simpliciter fideicommisit à venientibus ab intestato,non designando hos vel illos.

518 Aliter ergo, & meliùs prædicta opinio suadetur hac ratione: quia fideicommittens à venientibus ab intestato, solùm intelligitur fideicommittere ab ijs quos voluit honorare;siquidem quem non honoro, grauare non possum, *l. Ab eo*,9. *Cod. de Fideicom. l.* 1. *vers. Cùm enim, Cod. Commun. de Legat. l. Planè*, 97. *§. vlt. ff. de Leg.* 1. *cum simil.* Non videtur autem voluisse honorare, nisi proximiores in gradu: nam licèt intestatus decedens videatur dedisse suam hæreditatem legitimis hæredibus, quatenus eam illis non ademit, cùm posset, *l. Conficiuntur*, 8. *in princip. ff. de Iure codicil. l. Semper qui non prohibet*, *ff. de Reg. jur.* attamen solùm videtur eam dedisse ijs qui sibi essent proximiores in gradu,non autem remotioribus qui si fortè in ea succedant, eoquod à proximioribus repudiata sit, non iudicio testatoris, sed casu & fortunâ videntur succedere; & sic non possunt censeri ab eo grauati, vt per text. *in l.Sed & si*, 6. *ff. de Leg.* 3. ibi: *Quoniam qui fortuitò, non judicio testatoris consequitur hæreditatem, vel legatum, non debet onerari.*

Nihilominus censeri in casu proposito grauari fideicommisso,quicumque hæreditatem defuncti obtinuerit: & sic non perire fideicommissum, seu codicillos quibus illud relinquitur, si remotiores in gradu in hæreditate succedant, longè cõmunior & verior est sententia, quam tuetur Glos. *in d. l.* 4. *§.fin.verbo, Non debere*, *ff.de Leg.*3. Barth.*ibid.& in l. Cùm pater*, 79. *§. Cùm existimaret*, *ff. de Leg.* 2. *& in l. Quidam referunt*, 14. *in fine principij ff. de Iur. codicil.* Paul. Castr. *in d.l. Non iustam*, 4. *n.* 3. *Cod. Ad Trebel.* Couar. *in cap. Raynaldus*, *§.*3. *num.* 8. *de Testam.* Jason sibi contrarius, *in l.*1. *§. Hoc autem in* 1. *lect. num.* 2. *& in* 2. *lect. num.*5. *ff. Ad Trebel.* Pinel. *in l.* 1. *p.* 1. *num.*73. *& seq. Cod. de Bon. mater.* Menchaca, *de Success. progressu*, *§.*30.*numer.*63. Mantica. *de Coniect. lib.*8. *tit.*2. *num.*10. Peregrin. *de Fideicom. art.* 2.*n.* 38. Pichar. *in §. Præterea, num.*14.*Inst. de Fideicommiss hæredit.* & alij quos citant. Probatur primò per text. *in l.* 2. *ff. de Iure codicil. & in l. Si pater*, 47. *in fin. ff. de Fideicommissar. libert.* vbi habetur, eum qui codicillis ab intestato fideicommissa reliquit videri grauasse omnes qui legitimi hæredes, vel bonorum possessores futuri essent. Secundò, quia si defunctus in casu proposito intendit grauare proximiores agnatos, multò magis debet intelligi voluisse grauare remotiores qui minùs dilecti censentur, argum. *l. Licèt Imperator*, 74. *& l. Publius*, 36. *§. fin. ff. de Condit. & demonstr.* Tertiò denique quia codicillator grauans indefinitè venientes ab intestato, intelligi debet de ijs ad quos ejus hæreditas re ipsa peruenerit: 519

nerit; cùm ij tantùm, qui in effectu sunt hæredes, grauari possint: quare siue proximiores in gradu, siue remotiores hæreditatem obtineant, conseruari debent codicilli, & fideicommissa à legitimis hæredibus relicta.

520 Ex quibus ad fundamentum contrariæ sententiæ negandum est hæreditatem in casu proposito peruenire fortuitò, & non judicio testatoris ad remotiores agnatos: id enim falsum esse, constat ex omnibus fundamentis nostræ sententiæ. Vnde etiam non obstat text. *in d. l. Sed & si*, vbi solùm dicitur, quod testator non potest grauare hæredem sui hæredis, cùm ad talem hæredem non judicio illius testatoris hæreditas, vel legatum perueniat. Qui casus est longè diuersus à nostro, in quo reuerà hæreditas ad remotiores agnatos peruenit ex judicio, & voluntate testatoris, vt constat ex dictis, & ex generalitate *d. l. Conficiuntur, in princip. ff. de Iur. codicil.* id quod etiam in specie habetur, *d. l. 3. ff. eod.*

521 Sexta dubitatio est; vtrùm si is qui testamentum fecit, fideicommittat in codicillis, vel in aliqua clausula testamenti, dicendo, *Quisquis mihi hæres erit, præstet, &c.* solùm intelligatur grauare hæredes scriptos in testamento, itaut si hi non adeant hæreditatem, licèt adeatur per venientes ab intestato, pereat, seu non debeatur fideicommissum? Tres hac in re sunt sententiæ. Prima simpliciter affirmat, per text. *in l. Qui liberis, 8. §. Hæc verba, ff. de Vulgari*, ibi: *Hæc verba, Quisquis mihi hæres erit, idem impuberi filio hæres esto, hunc habent sensum, vt non omnis, qui patri hæres extitit, sed is qui ex testamento hæres extiterit, substitutus videatur.* Facit etiam text. *in l. Si gluret, 96. ff. de Leg. 3.* vbi habetur, quod idem important hæc verba, *Hæres meus dato*, atq; *Quisquis mihi hæres erit.* Constat autem priora illa verba ad solos hæredes scriptos referri. Tenet hanc sententiam Barth. *in l. Si quis cùm nullum, 3. in princip. num. 2. & in l. Quidam referunt, 14. §. 1. ff. de Iur. codicil.* esseque magis communem, testatur eam sequens Mantica, *lib. 8. de Conject. tit. 2. num. 11.*

Secunda sententia ex opposito asserit 522
censeri grauatos in casu proposito non tantùm hæredes scriptos, sed etiam venientes ab intestato: atque adeo licèt scripti repudient, non propterea perire fideicommissum, sed deberi à venientibus ab intestato hæreditatem adeuntibus. Hanc sententiam tenet absolutè Barth. sibi contrarius, *in l. Ex duobus, 34. §. 1. ff. de Vulgari*, Angel. & Bald. *ibid.* post Glossam, *in d. §. 1. vers. Patris quoque*, quæ communiter pro hac parte affertur. Fundamentum Bartholi est, quia quando relinquuntur legata per hæc verba, *Quisquis mihi hæres erit, &c.* talis dispositio continet onus respectu hæredum: igitur si testator intelligitur voluisse grauare hæredes quos nominauit in testamento, multò magis videtur grauare venientes ab intestato, & substitutos quos minùs præ nominatis dilexit, *l. Publius, 36. §. Titia, ff. de Condit. & demonstr.* Vnde juxta eundem Barth. non obstat text. *in d. §. Hæc verba*, quia ibi non agitur de grauãdo hærede, sed de eo honorando per substitutionem Pupillarem, vbi peculiaris affectio testatoris erga illum relucet, in eum autem qui nominatus non est in testamento, non cadit affectio vt *d. §. Hæc verba*, & argum. quòd not. *in l. Qui filiabus, §. 1. ff. de Legat. 1.*

Tertia sententia, cui vt veriori accedo, 523
vtitur distinctione, asseritque quòd vel in testamento sunt scripti plures hæredes: & tunc per verba, *Quisquis mihi hæres erit*, in ipso testamento, vel codicillis apposita, solùm intelliguntur grauati hæredes in ipso testamento scripti: & procedit prima sententia: vel vnus tantùm est hæres scriptus: & tunc intelliguntur etiam grauati venientes ab intestato; & procedit secunda sententia. Ita expressè docent Joan. de Imola, *in d. l. Ex duobus, §. 1.* & ibid. Alex. de Imola, *num. 3.* Paul. Castr. & Raphael *ff. de Vulgari.* Idemque teste Alex. *loco citat.* admittunt Bald. & Angel. *in l. Si quis cùm nullum, 3. ff. de Iure codicil.* Qui omnes in hanc sen-

sententiam trahunt, seu explicant Glos. *in d. §. 1. vers. Patris quoque*, & quidem meritò.

524 Prior pars hujus sententiæ sufficienter probatur ex textibus pro prima opinione adductis, ac præsertim *ex d. §. Hæc verba*, cui non bene satisfacit Barth. assignando diuersam rationem ex eo, quòd ibi agatur de honorando hærede, cùm in nostro casu agatur de hærede honorãdo: vnde colligit, debere intelligi, multò magis voluisse testatorem grauare venientes ab intestato, vt pote minùs dilectos, quàm scriptos. Nam si hæc ratio valeret, probaret semper legata & fideicommissa simpliciter relicta in testamentis esse repetita, & deberi à venientibus ab intestato, contra regulam, *l. Eam quam, 14. Cod. de Fideicom.* ibi: *Regulariter traditur, ea quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hæreditas, non valere, & l. Ex testamento, 29. Cod. eod. & simil.* Alia pars inde efficaciter suadetur, quia vt notauit Glos. *in d. §. 1.* & admittunt omnes supra citati, verbum, *Quisquis*, cùm sit distributiuum, refertur suapte natura ad plures ejusdem notæ, saltem duos, & non ad vnum tantum. Neque enim pater vnum tantum habens filium rectè dixerit, *Quisquis filius meus est, hoc faciet*, sed deberet simpliciter dicere, filius meus hoc faciat. Ergo quando testator vnum tantùm hæredem instituit, & nihilominus in aliqua parte testamenti, vel in codicillis fideicommittit per hæc verba, *Quisquis mihi hæres erit, &c.* non debet id referri ad solum hæredem scriptum, sed etiam ad venientem ab intestato. Quo argumento limitanda similiter venit, *d. l. Si Liberis, in d. §. Hæc verba*, vt scilicet in specie illius textus, tunc per verba, *Quisquis mihi hæres erit, &c.* intelligatur tantùm hæres scriptus, quando in testamento plures fuerint instituti. Quod cum Angelo bene aduertit Alex. de Imola, *in d. l. Ex duobus, §. 1. in fine*, vbi etiam explicat, quando hæres ab intestato admitti possit ad Pupillarem substitutionem; de qua in eo textu agitur.

Et per hæc manent sufficienter exclusa præcipua motiua primæ, & secundæ sententiæ, quatenus huic tertiæ repugnant. Ad text. verò *ex d. l. Si plures*, qui pro prima adducitur, respondetur, verba illa, *Hæres meus dato*, & *Quisquis mihi hæres erit*, solùm æquiparari, quando sunt plures hæredes scripti in testamento, vt scilicet omnes intelligantur grauati, siue testator prioribus verbis, siuè posterioribus vsus sit. Hic enim est casus, & decisio illius legis; quæ proinde apertè confirmat priorem partem nostræ sententiæ, & non pugnat cum posteriori. 525

Quasdam alias dubitationes superioribus affines excitat, nec satis limatè resoluit Menchaca, *lib. 3. de Success. progres. §. 30.* quas hic omittendas censui; quia vel ex supradictis facilè possunt expediri, vel sunt communes testamentis, & alijs vltimis voluntatibus, alibique tractari solent. Quare jam ad clausulam Codicillarem, & testamentum, quo illa continetur, gradum faciamus.

§. 8. *Quæ sit clausula Codicillaris: quibus modis, & quàm vtiliter adhiberi soleat expressè?*

SUMMARIUM.

Quæ sit natura, & propria definitio clausulæ Codicillaris? num. 526.

Clausula Codicillaris etiam extra testamentum adhiberi potest, vt si quis post factum testamentum condat codicillum, & in eo dicat, se velle vt suum testamentum valeat, etiam jure codicillorum, num. 527.

Clausula Codicillaris potest inesse in testamento, vel expressè, vel tacitè. & quando hoc, quando illo modo dicatur inesse? num 528.

Clausula Codicillaris expressa, sub quacumque formula, & verbis apponi potest, num. 529.

Clausula Codicillaris diuiditur in Subsidiariam, & Ampliatiuam. Et quæ vtriusque sit ratio? num. 530. & seq.

Clausula Codicillaris purè Subsidiaria sem-

semper defert conditionem inualiditatis testamenti; d num. 530.

Clausula concepta hoc modo: Volo vt hoc meum testamentum valeat saltem jure Codicillorum; *est pure Subsidiaria; ibidem.*

Quando testator diceret: Volo vt valeat jure testamenti, & codicillorum, talis clausula est ampliatiua: *& per illam cōceditur electio hæredi scripto, vt possit petere, vel jure testamenti, vel jure Codicillorum, prout maluerit. At si eligat causam intestati in perniciem legatorum, tenetur illis ex dicto, siquis omissa cau. test. nisi testator expresse illi permiserit electionem. Et idem est, si testator dixerit, valeat jure testamenti, vel codicillorum. Atque vbi hæres vnam partem elegerit, non potest transire ad aliam; num.* 531.

Dicta clausula, valeat jure testamenti, & codicillorum, si in testamento solum interueniant requisita ad codicillum, est in effectu Subsidiaria; num. 532.

Clausula Codicillaris Subsidiaria subdiuiditur in Subsidiariam de præsenti, & Subsidiariam de futuro.. Et quæ sit vtriusque ratio? num. 533.

Subsidiaria tantum de præsenti solum prodest, quando testamentum à principio est nullum; ibid. Subsidiaria vero de futuro prodest, & operatur, siue testamentum statim à principio sit nullum, siue solum ex post facto infirmetur; num. 534.

Clausula si non potest valere jure testamenti, valeat jure Codicilli, est Subsidiaria etiam in futurum; num. 535.

Clausula concepta per verbum præteriti imperfecti subjunctiui, vt, Si non valeret jure testamenti, dixit quod valeat, &c. *etiam in futurum extenditur; numer.* 536. *Et idem est, quando diceretur,* Si non valeat, *vel* casu, quo non valeat, vt testamentum, &c. *num.* 537.

Verbum subjunctiui tam temporis præsentis, quàm etiam præteriti, potest habere significationem futuri; ibid.

Quoties clausula Codicillaris potest admittere sensum de futuro, in eo est accipienda, si id fuerit necessarium ad hoc vt testamentum omnino non pereat; eod num. 537.

Assignantur aliquæ formulæ, sub quibus clausula Codicillaris potest valde vtiliter apponi in omnem casum testamenti; num. 538. *& seq.*

Vtrum clausula Codicillaris apposita in testamento scripta per notarium censeatur apposita ex voluntate testatoris; vel solum ex consuetudine, & capite notariorum, atque adeò inutiliter? Hoc hoc secundum aliqui existimarunt; numer. 540. *At primum est verius, & magis receptum; num.* 541.

Quid, quando dicta clausula fuisset scripta per notarium, qui illam apponere consueuerat, cum ab alijs non soleret communiter apponi? num. 542.

Sententia Bartholi rejicientis dictam clausulam, vt scriptam potius ex stylo notariorum, quam ex voluntate testatoris, solum procedit, quoad effectum sustinendi testamentum ruptum natiuitate posthumi ignoranter præteriti; num. 543.

EX hactenus dictis circa codicillos facile intelligentur, quæ ad clausulam Codicillarem spectant; cùm ejus natura sit tribuere testamento vim codicilli, efficereque vt dispositio testatoris, in qua legitime fuerit apposita, si non possit valere, vt testamentum, seu jure testamenti, valeat saltem jure Codicillorum & fideicommissi, *l.* 1. *ff. de Iure codicil. l. Cohæredi,* 41. *§. Cùm filiæ, ff. de Vulgari, l. fin. vers. Illud quoque, Cod. de Codicil.* Clausula igitur Codicillaris est, *Qua is qui testamentum vult facere aliquo modo in ipso testamento, vel etiam extra illud declarat se velle, vt illum suum testamentum valeat etiam jure Codicillorum.* Hæc definitio est de mente omnium, & constat satis ex juribus proxime allegatis. 526

Dicitur, *Qua is qui testamentum vult facere, &c.* Quia siquis disponens per vltimam voluntatem nolit facere testamētum, quantumuis expresse dicat, se velle, 527

vt

vt illa sua dispositio valeat jure codicillorum, talis clausula non erit propriè Codicillaris, idest spectans ad tribuendam vim codicillorum illi dispositioni; quia talis dispositio, etiam seclusâ eâ clausulâ, verus codicillus est, vt constat ex dictis §. 3. & ita colligitur ex *ex d. vers. Illud quoque*. Dicitur præterea, ***In ipso testamento, vel etiam extra illud***; quia licèt ordinariè clausula Codicillaris apponatur intra ipsum testamentum, attamen etiam potest adhiberi extra illud, & postquam fuerit consummatum, vt planè constat, *ex l. 1. Cod. de Codicil.* vbi testamentum, quod jure directo stare non poterat, sustinetur jure fideicommissi, seu codicillorum, eoquod testator codicillis postea factis illud confirmauerit, quæ quidem confirmatio nihil aliud reipsa, & in effectu est, quàm clausula Codicillaris extra testamẽtum adhibita. Vnde qui testamentum consummauit, non appositâ in eo clausulâ Codicillari, optimè sibi potest consulere faciendo codicillum, in quo declaret se velle, vt si suum testamentum non potuerit valere jure testamenti, valeat jure codicilli. Non enim minùs proderit talis clausula, quàm si in ipso testamento fuisset adhibita. Cæteræ definitionis particulæ satis ex se patent, & ex infra dicendis meliùs intelligentur.

528 Dupliciter autem solet ejusmodi clausula adhiberi, & inesse in testamentis: nimirum expresse, aut tacitè. Expressè inest, quando testator verbis formalibus exprimit, se velle, vt suum testamentum valeat etiam jure codicillorum, siue absolutè, siue sub conditione, si valere non possit jure testamenti. Tacitè verò inest, quando testator id non exprimit, sed tamen vel ex alijs ejus verbis, vel aliqua alia ratione intelligitur id voluisse. In hoc autem §. solùm nobis est sermo de clausula expressè adhibitâ, circa cujus veritatem, & vtilitatem peculiares sunt considerationes, & difficultates.

529 Principiò igitur certum est, quòd clausula Codicillaris expressa concipi & apponi potest à testatore sub quacumque formula & verbis; quia leges nullam certam formam præscribunt, & totum hoc negotium pendet à voluntate testatoris. Vnde non semper eodem modo, neque cum eadem voluntatis expressione adhiberi solet, vt ex dicendis constabit. Certum deinde est, quòd licèt ejusmodi clausula principaliter fuerit inuenta in subsidium ad sustinendum testamentum jure fideicommissi, quando non potuerit valere jure directo, seu vt testamentum, tamen etiam adhiberi potest ampliatiuè, idest ad ampliandam potestatem hæredis scripti, vt etiam existente valido testamento, possit succedere jure fideicommissi, si velit agere ex ipso testamento vt vim codicillorum habente.

Vnde possumus, & debemus diuidere clausulam Codicillarem expressam in Subsidiariam, & Ampliatiuam; quam distinctionem tradit Bald. *in l. fin. num. 13. Cod. de Codicil.* & Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 1. solut. 10. num. 75.* Subsidiaria est, quando testator declarat, se velle, vt suum testamentum valeat jure codicillorum, pro casu quo non potuerit valere jure testamenti. Vnde hujusmodi clausula concipi solet sub expressa conditione inualiditatis testamenti, vt v.g. ***Si hoc meum testamentum non valet, vel non valebit, jure testamenti, volo vt valeat jure codicillorum.*** Non oportet autem, vt illa conditio exprimatur, sed satis est quòd aliqua ratione innuatur, aut subintelligatur, ad hoc vt clausula euadat purè Subsidiaria, & solùm habeat effectum, quando testamentum non potuerit valere vt testamentum. Vnde si testator dicat, ***Volo vt hoc meum testamentum valeat saltem jure codicillorum***, talis clausula erit purè Subsidiaria, vt bene docent Barth. *in l. 1. num. 5 ff. de Iure codicil. & in l. Si ita, 8. num. 7 ff. de Aur. & arg. leg* & Prætis, *vbi supra, num. 76.* Quia particula, *Saltem*, est diminutiua, & importat, vt si testamentum non possit valere vt testamentum, tunc deueniatur ad id, quòd est minus, idest, ad jus codicillorum, argum. *l. 1. Cod. de Emendation. propinq.* Et ita inuoluit dictam conditionem inuali-

ualiditatis testamenti, quæ clausulam purè Subsidiariam constituit, & semper vel expresse, vel tacitè in ea includitur.

531 Ampliatiua est, quando testator declarat se velle, vt suum testamentum valeat etiam iure codicillorum; vt quando diceret, *Volo vt valeat jure testamenti, & codicillorum.* In qua clausula, licèt prima facie videatur repugnantia (siquidem copulat actus contrarios testati, & intestati) & ita videatur non valere, juxta *l. Vbi repugnantia, ff. de Regul. jur.* tamen citra dubium est, eam esse validam; nam quod dicit, *Et codicillorum*, debet accipi pro, *vel codicillorum*, juxta regulam, quod copulatiua posita inter incompatibilia, resoluitur in disjunctiuam, *vt l. Si Titio fundum, ff. de Vsufruct. leg.* Et per illam conceditur electio hæredi scripto, vt possit petere, vel jure testamenti, vel jure codicillorum, seu fideicommissi, prout maluerit. Sic docent Barth. *in d. l. 1. num. 4. ff. de Iur. codicil.* Bald. *consl. 69. num. 1. lib. 2. & in l. vlt. num. 7. Cod de Codicil.* vbi etiam Salicet. *num. 2.* Prætis, *d. solut. 10 num. 75 & seq.* & alij per *text. in l. Recusare, §. Titius hæres, ff. Ad Trebel. in l. Si quis seruo, 56. ff. de Manumiss. testam. & in d. l. vltim. Cod de Codicil.* Aduertit autem Barthol. *d. num. 4.* si hæres eligat causam intestati in perniciem legatariorum, teneri illis ex edicto, Si quis omissa causa testamenti, nisi testator expresse ei permiserit electionem, *vt l. Qui autem, in princip. ff. Si quis omiss. caus. test.* atque idem esse, si testator dixerit, *Volo quòd valeat jure testamenti, vel codicillorum*, per eandem legem. Notant etiam Salicet. & Prætis, *vbi sup.* quòd vbi hæres vnam partem elegerit, non potest transire ad alteram juxta text. *in d. l. fin. Cod de Codicil.*

532 Illud quoq; non omittendum, quòd idē de Prætis attingit, dictam clausulam, *Valeat jure testamenti, & codicillorum*, si sit adhibita testamento non habenti omnia requisita ad valorem testamenti, sed codicilli, esse tunc in effectu Subsidiariam, & solum ex formatione sua Ampliatiuā: si autem testamentum habeat omnia requisita, vt possit valere jure testamenti, tunc esse simpliciter Ampliatiuam, & dari electionem honorato. Quod à fortiori procedit quando dictum esset, *Valeat jure testamenti, vel jure codicillorum*, cùm hæc clausula exprimat sensum, in quo illa alia accipitur, ad hoc vt valeat & dictum effectum operetur, vt visum est.

Præterea clausula Codicillaris Subsidiaria subdiuiditur in Subsidiariam de præsenti, & Subsidiariam de futuro. Subsidiaria de præsenti est, quæ concipitur sub conditione nullitatis, seu inualiditatis testamenti tempore præsenti, quo ipsum testamentum fit: vt quando diceretur, *Si nō valet jure testamenti, valeat jure codicillorum.* De futuro est, quæ concipitur sub conditione inualiditatis testamenti tempore futuro, vt si dicatur: *Si non valebit jure testamenti, volo vt valeat jure codicillorum.* Unde si testamentū validè fiat, idest, adhibitis omnibus ad validam confectionem testamenti requisitis, postea vero casu aliquo infirmetur, vt quia hæres scriptus non vult, aut non potest adire hæreditatem, nihil tali testamento proderit, quòd habeat clausulam Codicillarem Subsidiariam de præsenti, vt est communis omnium sententia, quam benè relatis alijs tradit Simon de Prætis, *d. solut. 10. n. 80. & solut. 11. sub n. 5. per text. in l. Si ita scripsisset, 47.* vbi Imola & scribentes communiter, *ff. de Leg. 2. & in l. Cùm stipulamur, 125.* Vbi etiam DD. *ff. de Verbor. obligat.* & constat facili ratione, quia si testamentum validè fiat, deficit conditio sub qua dicta clausula concepta est; & sic tota ipsa clausula euanescit, nec vllum potest habere effectum, vt patet. 533

Econtra verò, si testamentum fiat inualidè ob aliquem præsentem defectum, & adhibita illi sit dicta clausula Subsidiaria de futuro, *Si non valebit*, &c. talis clausula illi proderit ad hoc vt sustineatur jure codicillorum, si aliàs interuenian, quæ in codicillis requiruntur. Sic cū communi DD. Salic. *in l. vlt. §. vltim. num. 7. vers. Nunc quid si clausula, Cod. de Codicil.* post Bald. *ibid. n. 19. col. pen.* 534

& sequitur Prætis, *d. solut.* 10. *in fine.* Ratio est, quia sub verbo significante inualiditatem tempore futuro comprehenditur etiam nullitas, quæ est in præsenti: nam testamentum quod in præsenti est nullum, etiam tempore futuro nullum erit, & ita non deficit in illo conditio, *Si non valebit*, sub qua concepta est: quæ proinde suum operabitur effectum, siue testamentum statim à principio sit nullum, siue solùm ex post facto infirmetur.

535 Ut autem clausula sit Subsidiaria in futurum, non oportet quòd sit concepta per verbum futuri temporis, sed sufficit quòd ipsum verbum aliqua ratione tendat, vel extendatur ad futurum. Hac ratione clausula ita concepta, *Si non potest valere jure testamenti, valeat jure codicillorum in omne tempus etiam futuræ inualidationis testamenti*, Subsidiaria est, vt tenent communiter DD. per *l. Si ita quis*, 53. *in princ. ff. de Leg.* 2. vbi decernitur, quòd verbum, *Potest* est extensiuum, & porrigitur ad futurum, licèt sit temporis præsentis. Et ita ibi docent Paul. Castr. & Joan. de Imola, traditque Barth. *in l. Si ita*, 8 *num.* 6. *fine, ff. de Aur. & arg. leg.* Bertachin. *in suo Repert. ver. Clausula codicillaris, num.* 36. & Simon de Prætis, *d. solut.* 10. *n.* 47. *&* 92.

536 Similiter si clausula concipitur per verbum præteriti imperfecti subjunctiui, vt, *Si non valeret jure testamenti, dixit, quod valeat jure codicillorum*, tam in præsens, quàm in futurum extenditur, vt tradunt Barth. *in l.* 1. *q.* 7. *ff. de Iur. codicil.* Salic. *in d. l. fin. §. vlt. n.* 8. *C. de Codicil.* post Jacob de Aret. quem refert Bald. *in ead. l. fin n.* 21. *&* 22. Decius, *cons.* 241. *n.* 1. Prætis, *d. solut.* 10. *num.* 91. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 32. *n.* 6. & alij quos adducunt. Quia verbum præteriti imperfecti refertur ad rem, vt habentem tractum successiuum, & omne imperfectum tendit in futurum. Et ita in proposito exemplo verbum, *Valeret*, refertur tam ad tempus conditi testamenti, quàm ad quodlibet tempus sequens, in quo contigerit testamentum non valere.

537 Item quando diceretur, *Si non valeat*, vel *casu quo non valeat jure testamenti*, &c. talis clausula etiam in futurum porrigetur, quia illud verbum, *Valeat*, licèt sit temporis præsentis, tamen cùm sit modi subjunctiui, potest referri etiam ad futurum, vt notant Barth. *d. q.* 7. Joan. Andr. in Addit. ad Specul. *tit. de Instrum. edit. §. Compendiose, col.* 8. *vers. Item vide* Prætis, & alij quos refert *d. solut.* 19. *num.* 87. *& seqq.* Nam verbum subjunctiui tam temporis præsentis, quàm etiam præteriti, potest habere significationem futuri, vt probat Barth. cit. per *l. Si ita quis, §. Seia, ff. de Verb. obligat. & l. Stichum, & l. Inter creditorem, ff. de Fidejussor. & l. Si cui libertas, post princ. ff. de Condit. & demonstr. cum similib.* Quotiescumque autem clausula admittere potest sensum de futuro, in eo accipienda est, si id fuerit necessarium vt testamentum omnino non pereat, vt idem Barth. notat, tum ex regula generali, quòd in dubijs ea interpretatio assumenda est, vt res valeat potiùs, quàm pereat, *l. Quoties*, 13. *ff. de Reb. dub. cum simil.* tum ex ipsa natura testamentorum, in quibus pleniùs voluntates testantium interpretamur, *l. In testamentis, ff. de Regul. jur.*

Cæterùm, vt res sit expedita, quando 538
testator sibi in omnem euentum voluerit prouidere per clausulam Codicillarem, optimè faciet, si illam adhibeat, vtendo simul verbo de præsenti, & futuro, vt, *Si hoc meum testamentum non valet, aut non valebit jure testamenti*, &c. Tunc enim nullus manebit ambigendi locus, quin remedium hujus clausulæ in omne tempus assumatur, & ita hujusmodi formulam cæteris omnibus præponunt DD. citati, cæterique communiter. Ejusdem autem vtilitatis erit, si testator adhibeat aduerbia, *quandocumque, & quomodocumque*, vt dicendo, *Quandocumque, & quomodocumque hoc meum testamentum non valeat, volo vt possit in codicillos conuerti, & jure eorum valere.* Quam formulam approbant Specul. *in tit. de Instrum. edit. §. Compendiose, col.* 9. *vers. Siquis vult igitur*, Alberic. *in Auth. Ex causa, col.* 14. *vers. Hoc autem modo, num.* 36. &

Præ-

Prætis, *d. solut.* 10. *num.* 78.

539 Commendat etiam valde sequentes formulas Bald. *conf.* 69. *num.* 2. *lib.* 2. scilicet, *Si hæreditas mea non aduenerit jure testamenti, deueniat, vel perueniat, vel acquiratur jure codicillorum.* Item, *Hæreditas mea perueniat jure testamenti, & codicillorum.* Item, *Vel perueniat jure testamenti, vel saltem jure codicillorum.* In quibus formulis considerat citatus Doctor inspici finalem acquisitionem, & propterea esse vtiles, tum ad alios effectus, tum nominatim ad effectum transmissionis, vt nimirum, si hæres non transmittat hæreditatem, tamen transmittat fideicommissum vniuersale juxta *l. Cogi*, 16 *§. Idem Martianus, ff. Ad Trebel.* Atque in his omnibus consentit Prætis, *supra, num.* 77.

540 Quæ verò hactenus dicta sunt de vtilitate, & effectu clausulæ Codicillaris peculiarem habent difficultatem, quando illa est adhibita in testamento scripto per tabellionem, seu notarium, vbi est consuetudo notarium scribere hujusmodi clausulam. In quo casu nonnulli sentiunt, talem clausulam esse inutilé; quòd potiùs præsumatur adhibita ex stylo, & capite notariorum, quàm ex voluntate testatoris, qui ejus effectum ignorat, vt dicit Barth. *in d. l.* 1. *q.* 6. *n.* 10 *ff. de Iure codicil.* quem sequuntur plures relati à Mantica, *lib.* 1. *de Conject. vlt. vol. tit.* 10. *n.* 1. inter quos Curtius jun. & Thom. Gram. asserũt, dictum Bartholi communiter approbari.

541 Contraria tamen sententia, quòd dicta clausula censeri debeat apposita ex volũtate testatoris, & sic vtiliter, non obstante illa notariorum consuetudine, videtur verior, & communior. Eam tenent Joan. de Imola, *in l. Filio præterito*, *n.* 21. *in fine, ff. de Injusto rupto testam.* Alex. *conf.* 142 *col.* 4 *vers. Subdit etiam, lib.* 2. *& conf.* 1. *col.* 6. *n.* 22. *lib.* 5. Decius, *in l. Vt liberis col.* 4. *num.* 14. *C. de Collat.* Boroius *conf.* 16. *n.* 20. *& seq. lib.* 2. Guiliel. Bened. *in cap. Raynut verbo, In eodem testamento, n.* 48. *de Testam.* Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *n.* 16. *fine*, Simon de Prætis *lib.* 2. *de Interpret. vlt. vol. interpr.* 1. *dub.* 1. *solut.* 10. *n.* 56. & Mantic. *d. tit.* 10. *n.* 2. qui plures referunt, inter quos Decius, *conf.* 490. *n.* 10. Grat. *conf.* 112. *n.* 25. *lib.* 2. Curt. jun. *in Auth. Ex causa, n.* 74. *C. de Liberis præter.* Ripa, *in l. Centurio, n.* 83. *ff. de Vulgari*, Roland. *conf.* 61. *fine, lib.* 2. testantur dictum Bartholi communiter reprobari. Et hanc ipsam opinionem cõmunem profitetur Hieron. Gabr. *conf.* 113. *n.* 1. Fundamentum est, quia quando testator rogat notarium, vt suum testamentum scribat, eo ipso censetur velle, vt notarius illud scribat cum clausulis apponi consuetis, si ipse testator aliud non declaret argum. *l. Quod si nolit, §. Quia assiduè, ff. de Ædilit. edict. & l. Ex ea parte, ff. de Verbor. obligat.* Nec refert quod fortè neque testator, neq; ipse notarius intelligebat vim clausulæ Codicillaris; quia cum illa apponi consueuerit, satis id est, vt intelligatur apposita ex voluntate testatoris qui in dubiò præsumitur voluisse, vt suum testamentũ scriberetur more consueto. Præt. *sup. n.* 57. cum Aymo, & alijs.

Quando autem consuetudo apponendi illam clausulam non esset generalis, sed tantùm illius notarij qui testamentum scripsit, credit Barb. *in c. Translationem, n.* 26. *de Offic. deleg. & in conf.* 6. *in fine, lib.* 3. procedere tunc dictum Bartholi, vt scilicet clausula non intelligatur scripta ex voluntate testantis, sed ex consuetudine illius notarij. At neque hoc admittendum censeo, nisi in casu quo constaret, talem notarium scripsisse illam clausulam non rogatum à testatore, vt illam apponeret. Nam si de hoc non constet, præsumendum videtur eam scripsisse de mandato testatoris; quia notarius non præsumitur aliud scripsisse, quàm quod ei fuerit dictum à testatore, vt aduertit Guido Pape, *q.* 129. & ex illo Prætis, *d. solut.* 10. *num.* 58. Imò si testator erat persona docta, quæ bene sciret, quã vim illa clausula haberet, semper debet præsumi in illam cõsensisse, cũ totũ testamentũ fuerit ab eo, vel corã eo lectũ, vt sẽper fieri solet. 542

Aduertendum etiam est, quando Barthol. scripsit, clausulam Codicillarem, præsumi potiùs adhibitam ex consuetudine 543

notariorum, quam ex voluntate testatoris, assumpsisse hoc ad probandum, quòd per talem clausulam non sustinetur testamentum ruptum natiuitate posthumi ignoranter præteriti. In quo casu est specialis ratio, ob quam videri potest, non esse scriptam illam clausulam ex voluntate testatoris, quoad effectum sustinendi illud testamentum; quia licèt testator rogando notarium, vt scriberet suum testamentum, videatur mandasse vt illud scriberet cum dicta clausula apponi consueta, atque adeò voluisse in generali & in confuso, vt per illam sustineretur testamentum in casibus, in quibus aliàs periret; attamen sub illo generali mandato, & voluntate non comprehenditur casus requirens specialem voluntatem, prout videtur requiri ad casum, quo testamentum rumperetur natiuitate filij ignoranter præteriti; cùm non appareat verosimile, testatorem voluisse filium excludere, neque quòd eum excluderet, si de eo interrogaretur: ad quod facit regula, *In generali, de Regul. jur. in 6.* atque ita sentit, & dictum Bartholi declarat Curtius jun. *d. num. 74. in fine*, idemque tenent alij apud Manticam, *dict. tit.* 10. *numer.* 3. Cæterùm an dicta clausula Codicillaris prosit ad sustinendum testamentum in præfato casu natiuitatis filij? Quæstio est valde controuersa; in qua quid nobis videatur, § 11. exponemus.

§. 9. *An, & quando clausula Codicillaris subintelligi debeat?*

SUMMARIUM.

Generalis est regula, clausulam Codicillarem non subintelligi, vbi non fuerit expressa; num 544.

Limitatur primò hæc regula, vt non procedat, vbi dicta clausula communiter apponi consueuit, si testamentum fuit scriptum per notarium; num. 545. *Quod examinatur, & explicatur; num.* 546. *& seq.*

Dictam clausulam solere communiter apponi, sentiunt multi. De hac tamen consuetudine dubitat Auctor, saltem in hoc Regno; d. num. 545. *&* 546.

Limitatur secundò, in testamento inter liberos; num. 548. *Et quid referat, subintelligi clausulam Codicillarem in hoc testamento? num.* 549.

Limitatur tertiò, in testamento militis; num. 550.

Limitatur quartò in testamento, & relictis ad causam piam; num. 551.

Limitatur quintò, fauore libertatis relictæ intuitu pietatis, vel personæ valde dilectæ; num. 552.

Limitatur sextò, ex causa magnæ dilectionis erga honoratum; n. 553. *Hanc limitationem nonnulli restringunt: & aliqui simpliciter damnant. Ea tamen simpliciter ab Auctore approbatur, saltem vt probabilis; num.* 554.

Limitatur septimò, quando testator dixit, Volo meum testamentum haberi pro legitimo; *num.* 555. *Et idem est, si dixerit, se nolle disponere cum exacta diligentia juris; ibid.*

Limitatur octauò, quando testator expressit, se velle, vt testamentum valeat omni meliori modo quo potest; n. 556.

Limitatur nonò, quando testator in testamento jurauit, se velle, seruari omnia in eo disposita, aut præcepit, vt hæres juraret, se illa obseruaturum; n. 557.

Si hæres jurauit, aut etiam si tantùm promisit, se impleturum disposita in testamento, tenetur, etiamsi testamentum sit minùs solemne: at tale juramentum, vel promissio non habet vim clausulæ Codicillaris; num. 558.

Limitatur decimò, quandocumq; ex verbis testamenti apparet grauari per testatorem venientes ab intestato; num. 559. *Id verò sublimitatur, n.* 560.

Clausula Codicillaris adhibita in secundo testamento, per quod primum non fuit ruptum, efficit vt hæres scriptus in primo debeat restituere hæreditatem scripto in secundo; num. 561.

Limitat. vlt. vt clausula Codicillaris intelligatur sub abbreuiatura, &c. quãdo notarius solitus erat eam apponere sub hu-

hujusmodi nota; n. 562. Vide etiã; n. 568. An quando clausula Codicillaris subintelligenda est, debeat subintelligi vt adhibita pro solo tempore præsenti, vel etiam pro futuro? Negant aliqui; numer. 563. Verior tamen sententia affirmat; num. 564. Intelligitur verò hæc secunda sententia regulariter. Quod multiplici distinctione explicatur; numer. 565. & seqq.

544 Regula generalis hac in re est, clausulam Codicillarem non subintelligi, vbi non fuerit expressa; atque adeo quando quis voluit facere testamentum, non esse interpretandum quasi voluerit, vt etiam jure codicillorum, & fideicommissi illa dispositio valeret, nisi hoc ipsum expresserit, *l. Cohæredi*, 41. *§. Cùm filiæ, vers. Quæ ita locum, ff. de Vulgari, l. vltim. vers. Illud quoque, Cod. de Codicil. cum simil.* Mantica, *lib. 1. de Conjectur. vltim. volunt. tit. 9. numer. 1.* dicens videri hoc indubitati juris esse, Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vlt. vol. interpret. 1. dub. 1. solut. 10. num. 42.* & cæteri communiter.

Limitatur autem prædicta regula primò, vt non procedat vbi dicta clausula
645 communiter apponi consueuit. Ex tali enim consuetudine præsumitur apposita, licèt nõ reperiatur scripta, argum. *l. Quod si nolit, §. Quia assidua, ff. de Ædilit. edict.* Vnde multi affirmantes, aut supponentes, hanc clausulam solere communiter apponi, simpliciter & absolutè docent, quòd hodie ex generali consuetudine debet hujusmodi clausula subintelligi in quolibet testamento. Ita Socin. jun. *in l. Hæc verba, 44. ff. de Leg. 1.* Decius, *in cap. Cùm M. not. 1. col. 3.* & alij apud Mantic. *d. tit. 9. num. 2.* Qui tamen *num. 3.* rectè aduertit, hoc habere locum, quando testamentum fuit scriptũ à notario, quòd is censeatur rogatus à testatore, vt apponat omnes clausulas solitas apponi: si autem fuit scriptum à testatore, tunc non debere dictã clausulam subintelligi, quia si testator eã vti vellet, facilè potuisset illam exprimere, juxta *l. Vni, §. Sin autem ad deficientis, Cod. de Caduc. tollend.*

Cæterùm ego valde dubito, an dicta 546 clausula ita sit vsitata, saltem in hoc Regno Lusit. vt dici possit solere communiter apponi; quia recordor me legisse plura testamenta, in quibus illa non erat adhibita. Prætereà licèt talis vsus, & consuetudo existat, adhuc non videtur sufficere, vt dicta clausula debeat subintelligi, etiam in testamentis scriptis per notarium, quia vsus & modus talis clausulæ non est vniformis, sed varius, & varij effectûs, juxta diuersam testantium voluntatem, vt vidimus *§. præced.* Quando autem omittitur clausula, quę solet apponi & operari diuersimodè, non debet subintelligi ex consuetudine illam adhibendi, vt bene relatis alijs tradunt Prætis *d. solut. 10. num. 67.* & Mantic. *d. tit. 9 num. 2.* & docet in specie Socin. jun. *cons. 147. numer. 23.* dicens, quòd cùm clausula Codicillaris varijs modis, & cum vario effectu concipi possit, non potest subintelligi, quoniam ignoramus testatoris voluntatem.

Nihilominus tamen sustinendum est, 547 quòd vbi fuerit illa consuetudo, si testamentum sit scriptum à notario, debet intelligi apposita dicta clausula, quatenus est operatiua ordinarij effectus, quem, siue his siue illis verbis concepta sit, operari potest; idest, quatenus potest efficere, vt testamentum valeat jure codicillorum, si à principio fuit nullum in ratione testamenti. Semper enim clausula Codicillaris ad hunc effectum ordinatur, & quantum est de se illum operari potest, siue sit apposita ampliatiuè, siue subsidiariè, siue per verbũ de præsenti, *Si non valet, &c.* siue de futuro, *Si non valebit*, vt constat ex dictis *§. præced.* Unde licèt consuetudo apponendi hanc clausulam, sit difformis, ac propterea vt sic non habeatur in consideratione; attamen respectu dicti effectus ordinarij, qui semper intenditur est vniformis, & sufficiens vt notarius, qui testamentum scribit, censeatur rogatus à testatore, vt apponat hanc clausulam eo modo, quo apta sit ad operandum dictum effectum ordinarium;

vnde consequens est debere talem clausulam intelligi eo modo appositam, etiam si notarius illam non scripserit. Quam sententiam tenet re ipsa Mantica, *d. tit. 9 num. 2 vers. Rursus tamen*, licèt minùs clarè loquatur.

548 Limitatur secundò in testamento inter liberos. In eo enim subintelligendam esse clausulā Codicillarem ex præsumpta voluntate testatoris, tenent Glos. *in dict. §. Cùm filiæ, vers. Non valuit, per text. in l. vlt. Cod. Famil. ercisc.* Anton. Gom. *in l. 3. Taur. numer. 62 & 74.* Tiraquel. *in l. Si vnquam, verbo, Libertis, numer.* 103. Couar. *in cap. Raynutius, §. 1. num. 2. & 4. de Testam.* Emman. à Costa, *in cap. Si pater, q. 3. verbo, Interdum, numer.* 80. Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vltim. vol. interpret. 1 dub. 1 solut. 10 numer.* 38. Menchac. *lib. 3. de Success. progres. §. 30. num* 43. Mantic. *de Conject. vltim. vol. lib. 1. tit. 9. num.* 5. Valasc. *consl. 23. num. 3. fine*, Molin. *disp.* 132. *num.* 4. & Stephan. Gratian. *tom. 1. Discept. forens. cap. 48. n. 18. & tom. 2. cap. 369. num.* 1. qui plures referunt; estque sententia longè receptior, & verior de jure Codicis, licèt contrarium sit de jure Digestorum, vt cum Surdo, & Couar. aduertit Gratian. *locis citatis*, præsertim, *d. num.* 18. Unde non desunt, qui absolutè contrariam sententiam teneant, vt videre est apud Menchac. *supra*, qui ei plurimùm fauet: credo autem nullibi hodie in praxi admitti.

549 Addit vero Mantica, *loco citat.* nihil videri referre, quòd testamentum inter liberos intelligatur conditum cum dicta clausula, vt valeat jure codicillorum, cùm etiam imperfectum sustineatur, *l. Hac consultissima, §. Ex imperfecto, Cod. de Testam.* Quasi hujusmodi clausula tacitè subintellecta solùm posset inseruire ad sustinendum testamentum, quod à principio esset nullum ob imperfectionem, seu defectum solemnitatis, quæ imperfectio non tollit valorem testamenti inter liberos, vt per *d. §. Ex imperfecto, & l. vlt. Cod. Famil. ercisc.* Et quidem nonnulli DD. quos refert ac sequitur Fusar. *tract. de Substitution. q. 245. num.* 52. sentiunt clausulam Codicillarem in testamēto inter liberos subintelligi tantū quoad hoc, vt valeat testamentum absque solemnitate.

Dicendum tamen, quòd etiam in hoc testamento multùm refert dictam clausulam subintelligi, quia licèt admittamus clausulam Codicillarē tacitè subintellectam solùm operari in testamento, quòd à principio sit nullum, (qua de re infra) attamen non inseruit tantùm ad sustinēdum testamentum nullum ob defectum solemnitatis, sed etiam ad sustinendum, quod fuerit nullum ex defectu institutionis. Testamentum autem inter liberos, quamuis perdicta jura habeat, quod etiam imperfectum quoad solemnitatem valeat jure testamenti, tamen ex nullo jure habet quòd similiter valeat, si careat institutione hæredis, vt quando pater profitendo se velle testari, omnia sua bona distribueret inter filios per particularia relicta, vt est longè communior DD. sententia, quam ex professò tradiemus, *disp. seq. sect. 2.* Vnde pro tali casu plurimùm refert subintelligi clausulam Codicillarem; cùm operetur, vt relicta in eo testamento sustineantur jure codicillorum, & non pereant, prout aliàs perire deberent succedentibus æqualiter filijs in hæreditatem patris absque vlla obligatione illa implendi. 550

Limitatur tertiò in testamento militis, in quo etiam subintelligi clausulā Codicillarem tradunt meritò Ant. Gom. *in d. l. 3. Tauri, num.* 62. Couar. *in d. cap. Raynutius, §. 1 num* 2. Emman. à Costa, *loco supra citat.* Menchac. *d. §. 30. numer. 43. ad fin.* Mantica, *d tit. 9. numer. 4. & lib. 6. tit. 1. num.* 31. Molin. *d. disp. 132. numer.* 4. & alij per text. *in l. 3. ff. de Milit. testam.* vbi Barth. Bald. & alij interpretes.

Limitatur quartò in testamento, & relictis ad causam piam. Est enim hæc causa maximè fauorabilis, & ideo semper in ejus gratiam subintelligitur, vt testamentum valeat jure codicillorum, si fortè nequeat valere jure testamenti, licèt hoc expressum non sit. Ita cum alijs Mantica, *lib. 1. de Conjectur. vlt. vol. tit. 9. numer. 6.* 551

Pro

Pro qua sententia plures etiam refert Tiraquel. *tract. de Priuileg. causæ piæ, priuileg.* 92. & Menchac. *lib. 3. de Succes. progres.* §. 30. *num.* 41. licèt vterque ab ea recedat satis debili fundamento, in quo nõ oportet immorari; cùm satis hodie apud omnes compertum ac receptum sit, vt ad sustinenda pia relicta nihil aliud requiratur, quàm quòd constet de veritate illorum; adeò vt etiam testamentum carens institutione hæredis, quæ de essentia testamenti est, in fauorem piæ causæ sustineatur, vt tenet ipse Tiraquel. *d. tract. de Causa pia, priuileg.* 31. & nos cum alijs, & communi sententia tradidimus *sect. præced.* §. 4. *num.* 341. Quod intelligendum est, non jure testamenti, cùm absque hæredis institutione testamentum non sit, sed jure codicillorum & fideicommissi, quo hæredes ab intestato venientes grauati censentur, vt impleant omnia pia relicta in tali testamento contenta.

552 Limitatur quintò fauore libertatis, vt scilicet quando libertas fuerit relicta in testamento, quod jure non subsistit, intelligatur in ejus fauorem adjecta clausula Codicillaris, ad hoc vt ipsa libertas sustineatur, licèt cætera in eo testamento disposita peritura sint. Non debet autem hæc limitatio intelligi simpliciter, & absolutè: sic enim est contra textum expressum *in l. Si jure, Cod. de Testament. manumis.* sed vel in casu, quo libertas fuerit relicta intuitu pietatis, seu pro amore Dei, in quo euentu gaudet omnibus priuilegijs causæ piæ, vt cum Barth. & alijs tradidimus *sect. præced.* §. 2. *num.* 312. & ita procedunt in ea, quæ *num. præced.* dicta sunt: vel in casu, quo fuerit relicta personæ valde dilectæ, vt per text. penè expressum *in l. In testamento,* 38. *ff. de Fideicommiss. libert.* tradunt Glos. ibi: *verbo, Debuisse,* Glos. *in l. Eam quam, verbo, Traditur. Cod de Fideicom.* Bald. *in dict. l. Si jure,* Tiraquel. *tract. de Pia causa, priuileg.* 42. Menchac. *lib. 3. de Succes. progres.* §. 30. *num.* 41. Mantica, *lib. 1. de Conject. vlt. vol. tit.* 9. *num.* 7. & alij.

553 Limitatur sextò ex causa magnæ amicitiæ: vehemens namque testatoris dilectio, & liciti amoris ardor erga honoratum vim habet clausulæ Codicillaris, efficitque vt illa subintelligenda sit, vt cum Glos. *in d. l. In testamento, verbo, Debuisse,* tenent plurimi DD. quos longo ordine refert eos sequens Tiraq. *in l. Si vnquam, verbo, Libertis, num.* 103. *& seq. C. de Reuoc. donat.* inter quos sunt Alex. *in l. Cùm alienam, col.* 2. *Cod. de Leg.* Jas. *ibid. limit.* 3. *& in l. Non dubium, col. penũ. ad fin. vers. Fallit in casu singulari, Cod. de Testam.* vbi affirmat, prædictam Glossam ab omnibus DD. approbari, Felin. *in cap.* 1. *de Testib.* & Guiliel Bened. *in cap. Raynutius, verbo, Testamentum, num.* 46. *de Testam.* tenet etiam, relatis alijs, Simon de Prætis, *de Interpret. vlt. vol. lib.* 1. *interpret. vlt. dub.* 2. *solut.* 5. *in fine, & lib.* 2. *interpr.* 1. *dub.* 1. *solut.* 10. *sub numer.* 39. *vers. His subsequentem,* & Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 89. *numer.* 68. *& præsumpt.* 166. *numer.* 43. Fundamentum sumitur, *ex d. l. In testamento,* ibi: *Quam pater dilexisset.* Facit etiam *text. in d. l. Cùm alienam,* quem ad hoc põderat Barbatia *in Repet. l. Cùm acutissimi, col.* 11. Et ratio est, quia magna testatoris dilectio sufficientem præbet conjecturam, eum voluisse, vt sua dispositio valeret in fauorem dilecti omni meliori modo quo posset, atque adeo vt si non posset valere jure testamenti, valeret saltem jure codicilli. Quo pacto propter magnum erga filios amorem intelligitur clausula Codicillaris inesse in testamento inter liberos ex præsumpta testatoris voluntate, vt supra dictum est.

Non desunt tamen graues DD. qui prædictam limitationem restringendam censeant, vt solùm procedat, quando simul cùm amicitia concurrit causa libertatis, vel pietatis. Ita sentiunt Bald. *in d. l Si jure, Cod. de Testam. manumiss.* Tiraquel. *tract. de Causa pia, priuil.* 42. Mantica, *lib.* 1. *de Conjectur. tit.* 9. *num.* 8. Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *num.* 32. & alij quia *dict. l. In testamento,* in qua prædicta limitatio præcipuè fundatur expressè loquitur in casu quo causa libertatis cũ dilectione concurrebat. Addit præterea 554

Mantica, hoc solùm habere locum in legatis & fideicommissis, vt si relicta sint in minùs solemni testamento personis valde dilectis, concurrente simul causa libertatis, aut pietatis: secus autem in hæredis institutione. Non desunt etiam qui absolutè præfatam limitationem damnent. Illam namque vt simpliciter falsam rejicit Menchaca, *lib.* 3. *de Success. progress.* §.30. *num.* 41. Nihilominus tamen illa mihi videtur simpliciter amplectenda, saltem vt probabilis; tum propter rationem pro ea adductam, tum ob auctoritatem tot grauissimorum DD. qui eam simpliciter approbant.

555 Limitatur septimò, quando testator dixerit, *Volo meum testamentum pro legitimo haberi.* Hæc enim verba clausulæ Codicillari æquipollent, & illam continent, vt constat ex *l. Codicillis*, 91. §. *vlt.* & notat ibi Glos. *verbo, Haberi debet*, & Imola, *ff. de Leg.* 2. & Mantica, *d. tit.* 9. *num.* 10. qui addit, idem esse, si dixerit, se nolle disponere cum exacta diligentia jùris, sed bona fide, vt per Bald. ad text. *in d. §. vltim.* & Jason. *in l. Testandi, num.* 3. *Cod. de Testam.*

556 Limitatur octauò, quando testator expressit, se velle, vt testamentũ valeat omni meliori modo quo potest: contineri enim in his verbis clausulãCodicillaré tenent cõmuniter DD *per d. text. in l. Codicillis*, §. *vlt. ff. de Leg.* 2. vbi Barth. Bald. Imola, & alij: sequuntur Ant. Gom. *in l.* 3. *Tauri, n.* 74. Simon de Prætis, *lib.* 2. *de Interpr. vltim. vol. interpr.* 1. *dub.* 1. *solut.* 10. *num.* 33, Mantica, *lib.* 1. *de Conject. vlt. vol. tit.* 9 *num.* 11. Molina, *disp.* 132. *num.* 2 & Stephan. Gratian. *tom.* 2. *Discept. forens. cap.* 369. *num.* 9. qui alios referunt. Habet namque vim maximam, & est magni momenti clausula, *Valeat omni meliori modo*, vt videri potest apud Prætis *d. lib.* 2. *interpret.* 2. *dub.* 1. *solut* 4. Peregrin. *de Fideicommis. art.* 34. *numer.* 38. *& art.* 36. *num.* 56. *& seqq.* & Fusar. *de Substitution q.* 245. *num.* 62. *& seqq.*

557 Limitatur nonò, quando testator in testamento jurauit, se velle seruari omnia in illo disposita, aut præcepit, vt hæres juraret, se illa obseruaturum. Per hoc enim ostenditur valde obnixa, & vehemens testatoris voluntas, vt testamentum impleatur omni meliori modo quo possit, & consequenter vt valeat jure codicillorum, si valere nequeat jure testamenti. Ad quod est text. capitalis, *in l. Cùm pater*, §. *Filius matrem*, *ff. de Leg.* 2. per quem ita sentiunt Barth. Bald. Imola, & alij *ibidem*, Couar. *in cap. Raynaldus*, §. 3. *num.* 10. Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, numer.* 74. Simon de Prætis, *d. solut.* 10. *num.* 36. Mantica, *d. tit.* 9. *numer.* 12. *cum seqq.* Molin. *d. disp.* 132. *num.* 3 Peregrin. *de Fideicommis. art.* 2. *num.* 27. Stephan. Gratian. *tom.* 1. *Discept. for. cap.* 48. *num.* 19. & cæteri communiter. 558

Hìc autem aduerte, si hæres jurauerit, vel etiam si tantùm promiserit, se impleturum disposita in testamento, teneri quidem illa implere, etiam ex minùs solemni voluntate, *l. vlt. Cod. de Fideicommis.* §. *vlt. Inst. de Fideicommissar. hæreditat. l. vlt. Cod. Ad leg. Falcid.* at si fortè non potuerit adire hæreditatem, seu esse hæres cum effectu, perire tunc ea relicta, & fideicommissa, ita vt neque hæredes ab intestato, ad quos hæreditas peruenerit, illa implere teneantur, nisi dictus hæres in testamento scriptus jurasset de mandato seu præcepto testatoris. Quia, secluso tali pręcepto, non habet illud juramentum hæredis vim clausulæCodicillaris, ex qua illa relicta censeantur repetita à venientibus ab intestato. Neque enim juramentum hæredis, sed pręceptum testatoris juramentum exigentis ostendit illam magnam, & obnixam voluntatem, qua intelligitur eum velle, vt testamentũ valeat omni meliori modo, & sic jure Codicillorum. Quod satis patet ex *d.* §. *Filius matrem*, ibi: *Enixæ voluntatis preces*, (scilicet testatoris qui hęredem sub juramento rogauerat) *ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.* Vnde licèt hæres juramentum re ipsa non præstet, sufficiet testatorem ei mandasse, vt juraret, ad hoc vt intelligatur clausula Codicillaris tacitè in testamẽto adhibita.

Limitatur decimò, quandocumque ex verbis 559

verbis testamenti aliquo modo appatet, grauari per testatorem venientes ab intestato, vt notat Simon de Prætis, *lib.2. de Interpret.vlt.vol.interpret.*1.*dub.*1.*solut.*10.*num.*34. per text. & ibi Glos. *in l. Lucius*, 90. §. *Filiam*, *ff.de Leg.*2. & patet satis ex ipsis terminis; siquidem clausula Codicillaris eò potissimùm spectat, vt si dispositio testatoris non possit impleri via testati, sustineatur via intestati; quod fit ex voluntate testatoris, vbi apparet grauari per eum venientes ab intestato, *l. Ex testamento*, 29. *Cod. de Fideicommiss.* Vnde Barth. *cons.*20. *num.*3. & plures alij apud Prætis, *d. solut.* 10. *num.* 79. dicunt, esse paria, *Relinquere à venientibus ab intestato*, ac dicere, *Si non valet jure testamenti valeat jure codicillorum.*

560 Intellige autem hanc limitationem, nisi testator priùs fecisset aliud testamentum, quod non sit ruptum per posterius, in quo grauauit venientes ab intestato. Tunc enim quod illi rogati sint in secundo testamento, non habebit vim clausulæ Codicillaris, ex qua ipsum secundum testamentum sustineatur jure codicillorum, nisi aliàs ex eo appareat, testatorem voluisse, vt etiam hæres in primo testamento scriptus grauatus esset restituere honoratis in secundo. Ratio patet, quia in proposito casu non deuenit hæreditas ad venientes ab intestato, sed ad hæredem in primo testamento scriptum; vnde quòd testator illos rogauerit, & grauare intenderit, nullius momenti est, cùm grauari non possit, qui honoratus non est, *l. Planè*, 97. *§. vltim ff de Leg.*1. *l. Ab eo*, 9. *Cod. Fideicommiss. l.*1. *vers Cùm enim*, *C Commun. de leg* Neque ex eo quod testator rogauerit venientes ab intestato, intelligitur quòd etiam voluerit grauare hæredem in priori testamento scriptum; vt satis probatur argum. text. *in l.*1. *§.fin. ff. de Leg.*3. Et præterea, quia hujusmodi grauamina sunt odiosa, atque adeò minimè amplianda.

561 Si autem testator in dicto secundo testamento adhibuisset clausulam Codicillarem expressam, vel alia ratione intelligeretur voluisse grauare quoslibet suos futuros hæredes, tunc si tale secundum testamentum habeat requisita ad codicillum, tenebitur hæres, qui ex primo testamento successerit, restituere hæreditatem hæredi scripto in secundo testamento, vt docent Barth. *in l.* 1. *num.*3 *ff de Iure codicill.* Simon de Prætis, *d. dub.*1. *solut.* 11. *num.* 18. Mantica, *lib.* 6. *de Conject. vlt. vol. tit* 4. *num.*16. *&* *lib.*8. *tit.*2. *sub num.* 9. & Peregrin. *de Fideicommiss. art.*2. *numer.*17. Vnde quod communiter dici solet, per clausulam Codicillarem videri rogatos venientes ab intestato, solùm procedit, quando illi succedunt, vt Barth. *proxime citatus* aduertit.

Limitatur vltimò, vt clausula Codicillaris intelligatur sub nota, seu abreuiatura, *&c.* quando notarius qui testamentum scripsit, solitus erat apponere hanc clausulam sub tali nota. Ita Mantica, *lib.* 1. *de Conject. vlt. vol. tit.*9. *numer* 9. post M. Anton. Natta, quem refert. Id verò magis explicat Simon de Prætis, *lib.* 2. *de Interpret. vlt. vol. interpr.* 1. *dub.*1 *solut.* 10. *sub num.* 68. vbi dicit, quòd attenta consuetudine, & ipsius actus ac sermonis naturâ, quando in testamento reperitur dicta nota, *&c.* post verba, à quibus clausula Codicillaris inchoari solet, vt v.c. *Dixit, hoc esse suum testamentum, quod valere voluit, &c.* subintelligendum est ipsius clausulæ complementum, scilicet, *jure testamenti, & si tali jure non valet, aut valebit, voluit valere jure codicillorum.* Quam traditionem firmat citatus Doctor ex adductis per Jason, *in l. Gallus*, §.2. *col.* 2. *vers. Circa primum*, *ff. de Liber. & posth.* Aym. *cons.*34. *circa fin.* & Pancir. Regin. *consil.* 95. *per tot.* Cæterùm an complementum dictæ clausulæ in proposito exemplo subintelligendum sit cum illa amplitudine, *Si non valet, aut non valebit*, vel sub conditione de præsenti, *Si non valet?* declaratione indiget, quæ pendet ex resolutione sequentis dubij, *& num.*569. tradetur. 562

Est enim generale dubium circa prædictas limitationes, seu euentus in quibus clausula Codicillaris subintelligenda est, 563

est, an debeat subintelligi pro solo tempore præsenti, acsi dictum esset, *Si non valet jure testamenti*, *valeat*, *&c.* vel etiam pro tempore futuro, acsi diceretur, *Si non valeat*, *aut non valebit*, *&c.* In qua quæstione quidam sentiunt, dictam clausulam non intelligi appositá pro tempore futuro; atque adeò non porrigi ad casum quo testamentum ex post facto fuerit infirmatum. Ita Aym. Crauet. *d. cons.* 34. & Stephan. Gratian. *tom.* 2. *Discept. for. cap.* 369. *num.* 18. & videtur tenere Surd. *cons.* 232. *num.* 28. *lib.* 2. Quorũ præcipuum fundamentum videtur esse, quia quando clausula non est expressa, sed tantùm subintellecta, non determinat tempus pro quo debeat censeri apposita; ac proinde manet dubia respectu temporis futuri, & sic non probat, nec debet intelligi, quasi dictum esset, *Si non valet*, *aut non valebit*.

564 Contrariam nihilominus sententiam tenet meritò Simon de Prætis, *d. solut.* 10. *num.* 42. *& seqq.* scilicet, deberé clausulam Codicillarem subintellectam censeri appositam tali modo, & forma, vt etiam pro tempore, & casibus futuris operari possit. Quod loquendo nominatim de clausula subintellecta in testamento inter liberos, tradit etiam relatis alijs Decius, *cons.* 242 *num.* 6. Probatur, quia quando clausula Codicillaris subintelligitur, censetur simpliciter apposita; siquidem non interueniunt verba, aliaue signa à quibus determinationem, aut limitationem recipiat. Ergo debet intelligi absque restrictione ad hoc, vel ad illud tempus, atque adeò apposita eo modo & forma, vt vtrumque tempus comprehendat, atque in omnem euentum operari posit: tum ex regula juris, quòd in testamentis pleniùs voluntates testantium interpretamur, *l. In testamentis*, 12. *ff. de Regul. jur. l. Generaliter*, *§. Cum autem*, *Cod. de Instit. & substit. l. Nam hoc jure*, *in princip. ff. de Vulgari.* Tum etiam quia in ambiguis, semper ea interpretatio assumenda est, ex qua actus magis valeat, quàm pereat, *l. Quoties*, 13. *ff. de Reb. dub. cum simil.* Barth. fere in specie, *in l.* 1. *q.* 7. *ff. de Iur. codicil.*

Hæc verò sententia intelligenda est regulariter & ordinariè, quando scilicet non apparuerit, vnde dicta clausula restringenda sit ád tempus præsens. Quod in hunc modum declaratur. Nam vel 565 clausula Codicillaris subintelligitur ex magna affectione testatoris, ex qua præsumitur, eum omnino velle, vt sua dispositio valeat in fauorem honorati omni meliori modo quo possit, vt in testamento inter liberos, ad causam piam, &c; & tunc non potest dubitari, quin debeat subintelligi dicta clausula, vt comprehendat etiam tempus futurum, acsi concepta esset sub illis verbis, *Si non valet*, *vel non valebit*; cùm is qui multùm diligit, præsumatur velle quod est magis fauorabile dilecto, vt per se constat. Et ad hanc speciem reduci debet clausula, quæ subintelligitur ex juramento testatoris, vel ex præcepto à testatore, de quo diximus, *num.* 558. siquidem præsumptio clausulæ Codicillaris in hoc casu fundatur in vehementi, & valdè obnixa voluntate, quam testator ostendit, vt sua dispositio impleatur: talis autem voluntas non minùs intelligitur extendi ad casus futuros, quàm magna dilectio erga honoratum, à qua vel re ipsa, vel in effectu non differt.

Vel subintelligitur dicta clausula ex 566 verbis ipsius testatoris, vt quia dixit se velle, vt suum testamentum valeret omni meliori modo, aut quid simile. Et tunc consideranda sunt ipsa verba. Quæ si sint talia, vt nòn determinent magis tempus præsens, quàm futurum, debent intelligi vt contineant clausulam Codicillarem, quæ etiam in futurum operari possit, vt constat ex fundamento principali hujus sententiæ, *num.* 564. adducto. Si autem determinent solum tempus præsens, tunc non debent extendi, vt contineant clausulam Codicillarem pro tempore futuro. Ut quando testator diceret, se velle vt suum testamentum habeatur pro legitimo: vel se nolle disponere cum exacta diligentia juris, de quibus clausulis diximus *num.* 555. siquidem hujusmodi verbis solùm ostendit testator, se agere de facienda

enda dispositione valida, etiam si careat solemnitatibus juris, quæ voluntas solùm respicit tempus præsens quo testamentum fit. Similiter, quando testator, præmissa conditione de præsenti, *Si non valet jure testamenti*, adjiceret, quod vult vt valeat omni meliori modo quo potest, non continetur ibi clausula operatiua in futurum, vt aduertunt Barthol. *in l. Si ita, 8. num 6. ff. de Auro, & arg. leg.* Imola, *in l Si ita quis, 51. ff. de Leg. 2.* & Simon de Prætis, *d solut.10. num.81.* Quia per conditionem, *Si non valet*, quę est de præsenti, restringuntur illa alia verba, vt solùm importent subsidium pro casu quo testamentum sit de præsenti nullum.

567 Vel denique dicta clausula subintellitur ob consuetudinem in testamento scripto per notarium, vbi communiter notarij illam apponere consueuerunt. De qua consuetudine, & præsumptione diximus, *sup. limit.* 1. Et circa illam jam ibidem, *num.546.* statuimus, quòd vbi talis consuetudo fuerit difformis, eoquod dicta clausula interdum apponatur pro solo tempore præsenti, interdum etiam pro futuro, debet subintelligi in testamentis scriptis per notarium, vt apposita pro solo tempore præsenti, seu quatenus habet vim efficiendi, vt testamentum, quod à principio non valet, sustineatur jure codicillorum, eoquod in ordine ad hunc effectum illa consuetudo sit vniformis, atque adeo sufficiens ad inducendam illam præsumptionem. Hic vero addendum, si alicubi fuerit consuetudo vniformis notariorum, qui communiter solcant apponere clausulam Codicillarem per verba de futuro, seu quæ ad futurum extendantur, vt sub illa forma, *Si non valet, vel non valebit*: tunc si forte aliquis notariorum illius loci testamentum alicujus incolæ ejusdem loci scribat absque tali clausula, ea nihilominus debet subintelligi, cùm præsumatur quòd talis notarius fuerit rogatus à testatore, vt apponeret clausulas consuetas, & consequenter illam clausulam sub forma, *Si non valet, vel non valebit* aut alia ejusdem virtutis.

568 Et hinc etiam constat, quid dicendum quando clausula Codicillaris intelligitur sub abbreuiatura, *&c.* de qua in limitatione vltima loquuti sumus. Vel enim tabellio qui testamentum scripsit, solitus erat apponere clausulam Codicillarem ad extensum; & tunc subintelligi debet sub dicto, *&c.* apposita eo modo, & forma, quam ille solebat exprimere; quòd si ejus stylus appareat difformis & varius, standum erit vltimo, vt notat Prætis *d. solut. 10. num.73.* quod intelligitur de vltimo ante scripturam, de qua fuerit dubitatio, si de eo possit constare: alioqui solùm erit subintelligenda clausula Codicillaris, vt apposita pro tempore præsenti, juxta tradita *num.547.* Vel non solebat illam exprimere: & tunc attendendum erit ad consuetudinem aliorum notariorum, qui soliti essent illam ponere ad extensum; & si quidem stylus esset vniformis, juxta illum interpretandum est dictum, *&c.* Si autem esset difformis recurrendum erit ad ipsum notarium, vt ipse se interpretetur vt tradunt Corn. *cons. 316. col. 4. vers. Et quando esset*, & Prætis *loco citat. num.74.* Quod si ad illum recurri non possit, censenda erit apposita solùm per verba de præsenti, juxta supra dicta, *num.547.*

§. 10. *De effectu clausulæ Codicillaris.*

SUMMARIUM.

Effectus clausulæ Codicillaris est conuertere testamentum in codicillos ab intestato, num. 569. In quo sensu id procedat? num. 573.

Quomodo intelligatur, quod per clausulam Codicillarem grauantur hæredes ab intestato? num. 570.

Per clausulam Codicillarem adhibitam in secundo testamento non rumpente primum, grauatur hæres scriptus in primo testamento restituere hæreditatem hæredi scripto in secundo, ibidem. Quòd si, hærede primi testamenti repudiante, hæreditas deuoluatur ad venientes ab intestato, an censeantur in tali

li casu grauati, virtute dictæ clausulæ restituere hæredi scripto in secundo? Respond. affirmatiuè, num. 572.

Clausula Codicillaris in dicto secundo testamento adhibita includit virtutem, tum codicillorum ab intestato, tum hominis testati, num. 573.

Clausula Codicillaris adhibita in testamento patris operatur, vt etiam tabulæ pupillares in eo contentæ sustineantur jure fideicommissi, si jure directo valere non possint, ibid.

569 SAtis ex supra dictis constat, effectum clausulæ Codicillaris esse, conuertere testamentum in codicillos ab intestato, & consequenter grauare hæredes ab intestato venientes, vt si res ad causam testati reducatur, siue quia testamentum à principio fuit nullum, siue quia ex post facto infirmatum est, & propterea dicti hæredes succedant in hæreditatem defuncti, teneantur implere illius voluntatem in ipso testamento expressam, perinde acsi in codicillis scripta esset. Quod intellige quando clausula fuerit apposita sub forma respiciête etiam têpus futurû, vt *Si non valet, vel non valebit*. Nam si sit apposita per verbum respiciens solùm tempus præsens, vt *Si non valet*, non proderit, nec operabitur dictum effectum, nisi in testamento quod nunquam fuit validum, seu quod statim à principio fuit inualidum, vt ob defectum alicujus solennitatis, prout hæc omnia latè in superioribus probata, & explicata sunt.

Illud etiam aduertendum, quando di-
570 cimus effectum clausulæ Codicillaris esse grauare hæredes ab intestato, sensum esse de hæredibus, qui successerint in hæreditatem defuncti aliâ viâ, quàm ex testamento in quo clausula Codicillaris est apposita, etiamsi aliàs sint hæredes testamentarij. Nam si defunctus priùs fecisset aliud testamentum, quod non sit ruptum per secundum, in quo est illa clausula, hæres, qui successerit ex primo testamento, censetur rogatus in secundo, quatenus ex vi dictæ clausulæ valet jure codicillorum, vt in specie docent Barth. *in l. 1. num. 3. & 20. ff. de Iure codicil.* Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vltim. vol. lib. 6. tit. 4. num. 16. & lib 8. tit. 2. sub numer. 9.* Peregrin *de Fideicom. art. 2. num. 17.* & plures alij quos referunt, estque communis sententiâ.

Quod si hæres in dicto primo testa- 571
mento scriptus non succedat, vt quia repudiauit, vel aliâ de causa, & propterea hæreditas deuoluatur ad hæredes legitimos, qui ab intestato succedant, dubitari potest, num isti etiam pro tali casu censeantur rogati in dicto secundo testamento clausulam Codicillarem habente? Et ratio dubitandi pro parte negatiua est; quia cùm illud secundum testamentum non confirmarit primum, non potest virtute clausulæ Codicillaris habere rationem codicillorum ab intestato, sed solùm codicillorum hominis testati; per codicillos autem testati non grauantur hæredes ab intestato, sed soli hæredes testamentarij; & si isti hæreditatem repudient, vel alia ratione testamentum infirmetur, ipsi etiam codicilli corruunt, & nihil ratione illorum debetur, *l. 1. juncta Glos. ibi, verbo, Non venit, Cod. de Codicil. l. Si quis cùm testamentum, 3. § fin ff. de Iur. codicil.* & diximus, *§. 2. num.* 392.

Oppositum nihilominus meritò senti- 572
unt Barth. *d. l. 3. ff. de Iure codicil.* Mantica, *d. tit. 2. num. 9. vers. Nec dubium,* & plures referens Peregrin. *d. num.* 17. Nam ex vi dictę clausulę quicumque succedens in hæreditate videtur rogatus, vt per text. *in l. Si quis cùm nullum, ff. de Iure codicil.* quod etiam tradit Bald. in Auth. *Ex causa, num 11. fine, Cod de Liber. præter. per l. Cùm pater, §. Filij matrem, ff. de Leg. 2.* Et est ratio, quia intentio apponentis hanc clausulam in suo testamento est, vt si fortè sibi aliàs, quàm ex eo testamento succedatur, is qui successerit, maneat grauatus jure codicillorum restituere honoratis in tali testamento. Igitur siue ei succedant hæredes scripti in alio priore testamento, siue hęredes legitimi qui deficientibus, aut repudiantibus scriptis ab intestato veniunt, omnes per talem clausulam censentur rogati,

cum

cum testatoris intentio se extenderit ad omnes, qui aliâ viâ, quàm ex testamento in quo clausulam Codicillarem apposuit, ei successerint.

573 Vnde includit hæc clausula tam virtutem codicillorum hominis testati, quàm intestati: & ideo apposita in secundo testamento inualido habet effectum codicillorum hominis testati, si hæres scriptus in primo testamento succedat: si autem non succedat, & hæreditas deueniat ad hæredes legitimos, habet effectum codicillorum ab intestato. Et hinc patet responsio ad rationem dubitandi pro contraria parte adductam Vnde etiam quãdo *supra, num.*569. dixi effectum clausulæ Codicillaris esse conuertere testamentum in codicillos ab intestato, sensus est de codicillis habentibus vim in casu quo non succedatur defuncto, vt testato per illud testamentum, in quo est talis clausula, siue aliàs ei succedatur ex aliquo priore testamento, siue simpliciter ab intestato. In quo sensu optimè procedit illa resolutio, vt ex dictis constat.

Illud quoque hìc notandum effectum clausulæ Codicillaris non tantùm porrigi ad sustinendum jure fideicommissi proprium testamentum defuncti, sed etiam tabulas pupillares in eo contentas, quando jure directo valere non poterint, nihil obstante, quòd hæ sint testamentum alterius, nempe filij, pro quo pater testatus est; idque licèt ipse testator dixerit: *Hæc est mea vltima voluntas, quam volo valere jure codicil* & prout hæc omnia bene probat Barthol. *in l.* 1. *num.*21. *ff. de Iure codicil.*

Sic explicato clausulæ Codicillaris effectu, veluti in abstracto, seu in generali, plures se offerunt quæstiones circa diuersos casus particulares, in quibus dubitari solet, an hæc clausula operetur, & dictum effectum habeat.

(?)

§. 11. *Expediuntur quædam quæstiones circa effectum clausulæ Codicillaris.*

SUMMARIUM.

Vtrum clausula Codicillaris, Si non valet, aut non valebit, *&c. posita in primo testamento, quod fuit irritatum per secundum, operetur suum effectum, faciendo vt ipsum primum testamentum valeat jure codicillorum? n.*574. *& seq. vbi respondetur negatiuè.*

Vtrum clausula, Si non valet jure testamenti *&c. operetur in testamento imperfecto; quod scilicet testator morte præuentus non consummauerit? numer.*576.

*Vtrum clausula Codicillaris operetur in testamento, quod defecit eoquod institutus mortuus sit viuente testatore? Respond. affirmatiuè, num.*577. *Quid in tali casu operetur? num.*578.

Legatarij & fideicommissarij non debent plus consequi virtute clausulæ Codicillaris à venientibus ab intestato quàm essent consecuturi ab hærede scripto; ibid.

*Vt clausula Codicillaris operetur in testamento, quod defecit per mortem hæredis viuente testatore, opus est vt sit concepta per verbum de futuro; n.*579.

Clausula Codicillaris operatur, licèt testamentum ex pluribus d[illegible]bus corruat; ibid.

Per clausulam Codicillar[illegible] non valet, aut non valebit, *sus[illegible]etur testamentum, quod ruptum est eoquod hæres scriptus non adierit; num.*580.

Clausula Codicillaris operatur, quando testamentum non valuit ob defectum hæredis scripti incapacis, & quomodo id intelligatur? ibid.

Prima quæstio est, vtrum clausula Codicillaris, *Si non valet, aut non valebit*, posita in primo testamento, quod fuit irritatum per secundum, operetur suum effectum, faciendo vt ipsum primum testamentum 574

valeat, & conseruetur jure Codicillorum? Videbatur affirmandum, juxta proximè dicta; siquidem per hujusmodi clausulam censentur rogati non solùm hæredes legitimi, sed etiam scripti in alio testamento: & sic habet vim sustinendi vnum testamentum jure codicillorum simul cum alio testamento valido, *vt num.* 570. probatum est; parùmque videtur referre, quòd illud aliud testamentum validum præcesserit, aut sequutum sit.

575 Nihilominus oppositum docet meritò Barthol. *in l.* 1. *quæst.* 15. *numer.* 20. *ff. de Iure codicil.* & relatis alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2. *numer.* 18. Quia per secundum testamentum validum censetur testator recedere omnino à priore testamento, atque adeo ab omnibus ejus clausulis, & adjectionibus, *l. Si jure, ff. de Leg.* 3. *l.* 1. *§. Item si ipse, ff. Si cui plus quàm per leg. Falcid.* Et ita in casu proposito censetur reuocata dicta clausula; proindeque nihil potest operari. Vnde non est eadem ratio, quando ejusmodi clausula est apposita in secundo testamento inualido; in quo tantùm casu procedit quod *numer.* 570. dictum est. Atque idem dicendum, licèt primum testamentum dictam clausulam habens statim à principio fuisset inualidum, & solùm inciperet valere jure codicillorum virtute dictæ clausulæ. Nam etiam in hoc casu testator condens simpliciter secundum testamentum solemne & validum,& non confirmans relicta in primo censetur reuocare primum cum omnibus in eo contentis.

576 Secunda quæstio est, vtrum clausula, *Si non valet jure testamenti*, &c. operetur dictum effectum in testamento imperfecto; quod scilicet testator morte præuentus non consummauit? Respondetur, si testamentum solùm ob defectum alicujus solemnitatis mansit imperfectum, bene sustineri jure codicillorum per illam clausulam vt probat text. *in l. fin. Circa medium, Cod. de Codicil.* & per eum tradit Barth. *in d. l.* 1. *num.* 8. *ff. de Iure codicil.* Si autem mansit imperfectum quoad voluntatem; quia videlicet testator mortuus est antequam faceret omnes dispositiones, quas destinauerat, sentit idem Barthol. *loco citat.* & post eum Simon de Prætis, *lib.* 2. *de Interpret. vlt. vol. interpret.* 1. *dub.* 1. *solut.* 11. *numer.* 3. non sustineri virtute talis clausulæ, juxta text. *in l. Ex ea scriptura, ff. de Testament. & in l. Fideicommissa,* 11. *in princip. vers. Quoties, ff. de Leg.* 3. At oppositum dicendum existimo per supra tradita hac ipsa, *sect.* §. 4. *à numer.* 459. Vbi probaui valere disposita in codicillis imperfectis quoad voluntatem: vnde cùm clausula Codicillaris conuertat testamentum in codicillos, consequens est, debere ratione illius sustineri, & valere disposita in tali testamento, quanuis sit imperfectum quoad voluntatem; siquidem per illam clausulam induit naturam codicillorum, quibus illa imperfectio non officit.

Tertia quæstio, vtrum clausula Codicillaris operetur in testamento, quod deficit eo quòd institutus mortuus sit viuente adhuc testatore? Negant Speculat. *tit. de Instrum. edit. §. Compendiose, vers. Sed pone, quidam.* Et Oldrad. *in cons.* 161. per Gloss. *in Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* asserentem, quòd illa clausula solùm habet locum, quando testamentum est inualidum ob defectum solemnitatis. At oppositum docet jure optimo Decius *consil.* 242. *numer.* 2. post Alex. *in cons.* 17. *colum. penult. vers. Nec prædictis, lib.* 3. & Bald. *cons.* 170. *lib.* 5. quos etiam refert, & sequitur Stephan. Gratian. *Discept. forens. tom.* 1. *cap.* 48. *numer.* 6. Et idem apud eundem Decium tenet Socin. *cons.* 140. *column.* 3. Fundamentum est, quia virtute clausulæ Codicillaris censentur rogati venientes ab intestato, & quicumque aliâ viâ, quàm ex ipso testamento eam clausulam habente, successerint in hæreditate testatoris; in quibus manifestum est comprehendi qui successerint, quando testamentum deficit per mortem instituti viuente testatore. Neque Glossa, qua contrarij nituntur, 577

tur, alicujus est momenti: quia illa Glossa communiter reprobatur, vt affirmat, Decius *citat.* certissimumque est illam à vero aberrare, vt satis ex supra dictis, amplilisque ex dicendis constabit.

578 Nota verò clausulam Codicillarem in proposito casu operari, vt testamentum sustineatur quoad legata & fideicommissa relicta ab hærede scripto, quæ per illam clausulam censentur repetita ab hæredibus ab intestato, vt ex dictis constat, & fatentur omnes; at non efficere, vt etiam ab illis restituendum sit id, quod sine onere restitutionis ad hæredem scriptum perueniret, si ante testatorem non decederet. Quia in primis non tenentur id restituere legatarijs & fideicommissarijs; cùm hi non plus debeant consequi à legitimis hæredibus, quàm consequuturi essent ab scripto, vt loquendo de fideicommissario vniuersali tradit notabiliter cum alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 2 *numer.* 16. Deinde non tenentur etiam restituere hæredibus illius hæredis scripti; quia testator non censetur voluisse eos honorare in illo testamento, *l. Sed & si*, 6 *ff. de Leg.* 3. & clausula Codicillaris solùm inducit obligationem restituendi honoratis in ipso testamento: neque ipse hęres scriptus vllum jus acquisiuit, quod ad suos hæredes transmitteret; quia vt clausula Codicillaris operetur in fauorem hæredis scripti, opus est vt sit viuus, quando testamentum deficit, vt in specie aduertit Prætis, *de Interpret. vlt. vol. lib.* 2. *interpret.* 1. *dub.* 1. *solut.* 11. *numer.* 9. per text. *in leg. Quidam referunt, in princip.* & ibi Glos. *ff. de Iure codicil.* Et generaliter constat ex nulla vltima voluntate acquiri jus ei qui viuo testatore decedit, vt est notissimum in hac materia, & satis patet, *ex l. vnic.* §. *Pro secundo, Cod. de Caduc. toll.*

579 Nota præterea, vt clausula Codicillaris in prędicto casu operetur, opus esse vt sit concepta per verbum respiciens etiam tempus futurum, vt cum Angelo, *in* §. *Siue igitur, in fine, Auth. final. Vt cum de Appellation. cognosc.* tradit Decius, *dict. consil.* 242. *numer.* 4. estque certissimum; siquidem testamentum, de quo agimus, fuit à principio validum, cùm ponamus decessisse ex post facto ob mortem hæredis, viuente testatore: testamentum autem quod à principio fuit validum, & postea deficit, non sustinetur per clausulam Codicillarem conceptam solùm in tempus præsens, quo ipsum testamentum fit, sed opus est vt sit concepta in futurum, vt probatum manet, §. 8. *numer.* 533. & docent omnes. Si autem dictum testamentum alio etiam defectu laboraret ex quo à principio esset nullum, vt quia caruisset aliqua solemnitate necessaria, tunc sufficeret clausula concepta per verbum tantùm de presenti, *Si non valet.* Quod aduerto, vt obiter moneam, clausulam Codicillarem operari, licèt testamentum ex pluribus defectibus corruat, vt cum Alex. *consil.* 9. *col. penult. lib.* 1. tradit Decius, *dict. consil.* 242. *numer.* 2. *sub initium*, & Stephan. Gratian. *dict. cap.* 48. *numer.* 7. Qui inde inferunt, per clausulam Codicillarem sustineri testamentum patris, quod corruit ex eo quòd filius institutus mortuus fuit viuo patre, & eoquod præteritus sit nepos ex tali filio relictus.

Ex tradita solutione colligitur primò, per clausulam Codicillarem, *Si non valet, aut non valebit*, &c. sustineri jure codicillorum testamentum, quòd ruptum est, eoquod hæreditas non fuerit adita per hæredem scriptum. Nam si dicta clausula operatur, quando hæres scriptus decedit, viuente testatore, & sic antequam potuerit adire hęreditatem, etiam operabitur quando post mortem testatoris non adiuit hęreditatem, eàque de causa testamentum infirmatum est. Atque ita docet Barthol. *in leg.* 1. *numer.* 17. *ff. de Iure codicil. per l. Eam quam, Cod. de Fideicommiss. & leg. Siquis omissâ caus. testament.* Colligitur secundò, operari similiter dictam clausulam, quando testamentum non valuerit ob defectum 580

hæredis scripti incapacis, vt etiam docet Barthol. *in dict. l. 1. num. 18. per d. l. Eam quam, secundum vnam. lecturam.* Adde tamen, si hæres scriptus jam esset incapax, quando cõditum fuit testamentum, sufficere clausulamCodicillarem conceptam per verbum de præsenti. *Si* autem redditus est incapax post testamentum validè factum, tunc necessariam esse clausulam per verbum de futuro, vt ex dictis constat.

§. 12. *Vtrum testamentum, in quo filius jam natus præteritur, vel injustè exhæredatur, sustineatur virtute clausulæ Codicillaris?*

SUMMARIUM.

Testamentum, in quo filius jam natus præteritur, vel injustè exhæredatur, non insertâ causâ exhæredationis, est nullum, causâ verò insertâ, est annullandum; num. 581.

Quando testamentum est nullum ex causa præteritionis filij jam nati, clausula Codicillaris, Si non valebit, *&c. operatur vt tale testamentum valeat jure codicillorum, & filius dicendo testamentum nullum, teneatur restituere hæreditatem hæredi scripto; num.* 582. *Id verò procedit, quando filius est præteritus scienter. Quid si ignoranter? num.* 583.

Per Auth. Ex causa, *non sustinentur legata & fideicommissa relicta in testamento, in quo filius ignoranter præteritus est. Quanuis non desint, qui repugnent; ibid.*

Quando testamentum est nullum ob exhæredationem filij, causâ non insertâ, operatur clausula Codicillaris, Si non valet, *&c. num.* 584.

An similiter operetur dicta clausula, quando filius fuit exhæredatus, causâ insertâ, & sic testamentum validè fuit conditum, & postea per querelam inofficiosi annullatum est? ibid. & n. 585.

Iura, quibus olim annullabantur testamenta per querelam inofficiosi tanquã facta à demente, correcta sunt per Auth. Ex causa; *ibid.*

Vtrum ad conseruandum testamentum annullatum per querelam inofficiosi, sufficiat clausula Codicillaris per verbum de præsenti, Si non valet, *&c. numer.* 586.

Filio grauato virtute clausulæ Codicillaris restituere hæreditatem hæredi scripto in testamento, quod ex causa præteritionis, vel injustæ exhæredationis annullatum est, semper manet salua sua legitima. Non potest autem simul detrahere quartam Trebellianicã, sed vel vnam, vel alteram; num. 587.

Clausula Codicillaris, Si non valet, *&c. operatur etiam quando testamentum rumpitur per contra tabulas. Et quando testamentum ita rumpitur? n.* 588.

581 PRo resolutione hujus quæstionis, quæ est vna ex præcipuis in præsenti materia, supponendum est quòd testamentum, in quo filius jam natus præteritur, aut non insertâ causâ exhæredatur, est ipso jure nullum, quoad institutionem: in quo autem filius exhæredatur, legitimâ causâ insertâ, est validum, sed tamen annullandum, si causa postea non probetur: prout hæc omnia constant ex *Auth. Vt cum de appellat. cognoscitur. §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes, & ex Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter. & ex jure Lusitano, lib. 4. Ord. tit. 82. §. 1. Cùm seqq.* & latè explicantur à Molin. *disputat. 175. ferè per totam.*

582 His suppositis quando testamentum est nullum ex causa præteritionis filij jam nati, conueniunt ferè omnes quòd clausula Codicillaris, *Si non valet*, &c. operatur, vt testamentum valeat jure codicillorum; & filius dicendo testamentum nullum teneatur restituere hæreditatem hæredi scripto. Ita Barthol. *in l. 1. num. 9. juncto num. 14. ff. de Iure codicil.* Bald. *in l. vlt. num. 17. Cod. de Codicil.*

Jaco-

Jacobin. de S. Georg. *in dict. Auth. Ex causa, num.* 24. *vers. Sed Doctores, Cod. de Liber. præter.* Menchaca, *de Success. progress. lib.* 3. *§.* 30. *num.* 48. Anton. Gom. *in l.* 3. *Taur. numer.* 78. Stephan. Gratian. *tom.* 1. *Discept. for. cap.* 48. *num.* 10. Fusarius *de Substitution. q.* 569. *num.* 1. & cæteri communiter, vt apud citatos videre licet. In quam sententiam adduci solet text. *in l. Generaliter, §. Ex testamento, ff. de Fideicommiss. libert. & in l. Ex testamento, Cod. de Fideicommiss.* Ratio verò est, quia testator apponendo clausulam Codicillarem censetur rogare quoscumque venientes ab intestato, vt hæreditatem restituant hæredi scripto, vt ex superioribus constat, & est indubitatum: igitur filius etiam præteritus ab intestato succedens rogatus censetur, & consequenter restituere tenetur hæreditatem hæredi scripto. Quòd si opponas in contrarium stare *text. in l.* 2 *ff. de Leg.* 3. vbi habetur, quòd filius præteritus non potest grauari fideicommisso. Respondet Barth. *supra, d num.* 9. *& in d l.* 2. *num.* 2. illum textum intelligi de fideicommisso relicto generaliter à venientibus ab intestato.

583 Procedit autem pede inoffenso tradita resolutio, quando filius est præteritus scienter. Nam si præteritus sit ignoranter, vt quia testator existimabat mortuum esse filium, quem habebat, oppositum videtur dicendum. Quia in tali casu præsumitur, quòd testator, si sciret se habere filium, minimè illum grauaret, & consequenter non censetur voluisse ab eo fideicommittere; cùm error, & ignorantia tollat consensum, *l. Si per errorem,* 15. *ff. de Iurisd. omnium judic.* Quo argumento licèt *in d. Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* simpliciter constitutum sit, quòd ex causa præteritionis, & injustæ exhæredationis solùm vitiatur testamentum quoad institutiones, legata verò & fideicommissa firma manent: tamen si præteritio sit de filio, quem pater se habere ignorabat, omnino est irritum testamentum etiam quoad legata & fideicommissa, vt probat text. *in l. Si cum vel in vtero,* 10. vbi Barthol. Paul. Castr. & alij, *Cod. de Testament militis,* & habetur expressè in jure Lusit. *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 82. *§.* 3. docentque Anton. Gom. *in leg.* 24. *Tauri, numer.* 3. Jul. Clar. *lib.* 3. *sentent. §. Testamentum, quæst.* 46. *ad finem,* Jacobin. de S. Georg. plures referens, *in dict. Auth. Ex causa, num.* 30. *& sequentib.* Menchaca, qui plures etiam refert, *dict. §* 30. *numer.* 49. Molin. *disput.* 175. *numer.* 11. & alij permulti quos longo ordine citat Tiraquel. *in l. Si vnquam, verbo, Donatione largitus, numer.* 263. quamuis contrarium teneant aliqui apud eundem Tiraquel. *numer.* 267. & apud Jacobin. & Menchaca, *supra.* Vnde quòd clausula Codicillaris in præsenti casu non operetur, docet Anton. Gom. *supra, §. Nec obstat, vers. Secundo modo, juncto, §. Sed his non obstantibus, in princip. & in leg.* 3. *Tauri, numer.* 79. vbi alios refert, idemque plures alij tenent apud Tiraquel. *loco citat. numer.* 265. Quæ sententia mihi etiam probatur, licèt permulti repugnent quos idem Tiraquel. refert, *num.* 269. Intelligenda verò est, nisi interueniant circumstantiæ, ex quibus contraria præsumptio inducatur, vt si post conditum testamentum sciuit testator se habere filium, quem præterijt, & nihilominus testamentum non mutauit, cùm facilè posset, vt *sequent. §.* agendo de testamento, quo posthumus est præteritus, plenè explicabimus.

Operatur similiter dicta clausula, 584
quando testamentum est nullum ob filium non insertâ causâ exhæredatum, cùm eadem sit ratio in hoc casu, atque quando testamentum est nullum ob filium scienter præteritum. Et ita docent Barth. *in dict. l.* 1. *numer.* 13. *ff. de Iure Codicil.* Jacobin. de S. Georg. *loco supra, citat.* Angel. *cons.* 132. cæterique communiter. Quando autem filius est exhæredatus causâ insertâ, & sic testamentum validè fuit conditum, at postea per querelam inofficiosi impugnatum & annullatum est, videri potest quòd tunc nihil clausula Codicillaris operatur. Quia ta-

le testamentum damnatur tanquam factum à demente, *l.Titia* 13. *in fine,ff. de Inofficioso testamento, & l. Patronus*,34. *§. fin.ff. de Leg*.3. Constat autem quod furiosus, seu demens, neque codicillos, neque quidquam aliud facere potest, *l.* 2.*§. Furiosus, ff.de Iure codicil.* quare nullius momenti esse potest clausula Codicillaris in dicto testamento apposita. Et ita sentit Menchaca, *d. §.* 30. *num.* 48. quoties testamentum siue ex causa præteritionis, siue exhæredationis rumpitur, si filius præteritus, aut exhæredatus probet se inculpatum, seu non dedisse causam, ob quam posset priuari hæreditate. Quod in tali casu cogitari non possit, quòd pater si sanus esset, illum exhæredasset, aut scienter prætcrijsset. Vnde consequenter ait, quod in eo casu, neque per *d. Auth.Ex causa*, tale testamentum quoad legata & fideicommissa sustinetur; pro qua sententia corroboranda plura euoluit, & inuoluit, *num.* 47. *& seqq.* Atque idem ex antiquioribus sentiunt nonnulli apud Tiraquel. *in l.Si vnquam, verbo, Donatione largitus, num.* 273. *Cod. de Reuoc. donat.* & apud Fusar. *de Substitut. quæst.* 569. *sub num.* 1. *vers. Cæterùm à prædictis.*

585 Nihilominus tamen, etiam annullato testamento per querelam inofficiosi, clausulam Codicillarem operari, vt filius exhæredatus teneatur jure codicillorum restituere hæreditatem hæredi scripto in tali testamento, docet Barth. *in d.l.*1.*numer.* 14. *ff. de Iure codicil.* Ant. Gom.*in l.*3. *Tauri, num.* 78. vbi plures refert, estque communis sententia, vt fatetur Menchaca, *d. num.* 48. & constat ea ratione, quia apponendo clausulam Codicillarem, censetur testator grauare quemcumque hęredem, qui sibi ab intestato succederit, vt hæreditatem restituat hęredi scripto; & ita in casu proposito filius exhæredatus ab intestato succedens grauatur dictam restitutionem facere. Nec obstat quod olim per *d.l.Titia*, & alia jura, talia testamenta damnabantur tanquam à dementibus facta. Nam hodie illa jura sunt correcta per *d. Auth. Ex causa*, vt notat Barth. *d.num.*14. Bald.*in d. Auth. col.* 6. Jacobin. *ibid.num.* 24. & alij, constatque facilè, siquidem per *d.Auth.* conseruantur legata & fideicommissa relicta in testamento rupto vel annullato ex causa præteritionis, vel injustæ exhæredationis, cùm illa etiam, tanquam à demente relicta, irrita olim haberentur per *d.l.Titia, cum simil.* Vnde notabis, quod clausula Codicillaris in pręsenti casu non operatur quoad legata & fideicommissa; cùm hæc per *d. Auth.* conseruentur, sed solùm quoad institutionem, efficiendo vt valeat jure codicillorum, seu quod restitui debeat hæredi scripto. Sic Barthol. *vbi sup.* & Jacobin. *in d.Auth.Ex causa, num,*24.*vers. Et intelligitur.*

Notandum etiam, in hoc casu videri necessariam ad prædictum effectum clausulam Codicillarem conceptam esse per verbum de futuro, *Si non valebit.* Nam cùm testamentum sit à principio validũ, & postea per querelam annulletur, videtur nihil circa illud operari posse clausula per verbum de pręsenti, *Si non valet*, cùm illo existente valido, conditio deficiat. Nihilominus Barthol. *d. num.* 14.*vers. Sed contra*, tenet quòd sufficit clausula, *Si non valet vt testamentum*, &c. Idque sentio probabilius, quia licèt in præsenti casu testamentum fiat validè, attamen annullatur ex causa, & vitio, quod à principio extitit: idest ob exhæredationem, quæ postea ostenditur fuisse injusta: & ita censetur quasi à principio non valuerit, idque videtur sufficere, vt conditio, *Si non valet*, purificata censeatur. 586

Notandum præterea, filio grauato virtute clausulæ Codicillaris restituere hæreditatem hæredi scripto in testamento, quòd ex causa præteritionis, vel injustæ exhæredationis ruptum est, semper manere saluam suam legitimam, eamque detrahere posse; quia secluso casu ingratitudinis, non potest pater illum fraudare hujusmodi quartâ, neque in totum, neque in partem, *l.Omnimodo*, 30.*in princ. l. Scimus*, 36. *in princip. Cod. de Inoffic. testam.* Non potest autem simul detrahere 587

here quartam Trebellianicam, vt notant Barth. *in l Quanquam, ff. Ad leg. Falcid.* Jacobin. de S. Georg *in d. Auth. Ex causa, num. 26. Cod. de Liber. præter.* Anton. Gom. *in l. 3. Taur. n.* 83. Peregrin. *tract. de Fideicommis. art. 3. num.* 49 & alij quos referunt; quia legitima imputatur in quartam Falcidiam, & consequenter in Trebellianicam, vt probat text. *in l. 1. §. Interdum, ff. Si cui plus, quàm per legem Falcidiam.* Quod procedit quando filius grauatur purè fideicommisso, non verò quando sub conditione, vt idem Peregrin. tradit, *d. num.* 49. *& 51.* licèt repugnet Anton. Gom. *sup.* per clausulam autem Codicillarem intelligitur purè grauatus: & ita non potest detrahere illas duas quartas; sed vel vnam, vel alteram, quam maluerit, notatque cum alijs Peregrin. *num.* 50. vtilius interdum esse deducere potiùs Trebellianicam, quàm legitimam.

588 Ex dictis colliges, dictam clausulam, *Si non valet*, &c. operari similiter, quando testamentum rumpitur per contra tabulas, id est, quādo filius emancipatus, seu qui non erat hæres Suus, præteritus est, & contra verba testamenti possessionem adipiscitur. In quo casu licèt testamentum fuisset validum jure Ciuili, attamen jure Prætorio annullatur, & fingitur quasi à principio fuisset nullum; & sic habet in eo locum dicta clausula, *Si non valet.* Ita in specie Barthol. *in d. l. 1. num. 15. ff. de Iure codicil.* & Bald. *in l. vltim. num. 17. Cod. de Codicil.*

§. 13. *Vtrum clausula Codicillaris operetur, quando testamentum rumpitur natiuitate posthumi in eo præteriti?*

SUMMARIUM.

Testamentum, in quo posthumus est præteritus, redditur nullum natiuitate illius; num. 589.

Certum est, in hoc casu non operari clausulam Codicillarem per solum verbum de præsenti, Si non valet, *&c. n.* 590.

Clausula Codicillaris per verbum de futuro, Si non valebit, *&c. operatur quādo testamentum rumpitur per natiuitatem posthumi scienter præteriti; eodem num.* 590.

Clausula Codicillaris, etiam per verbum de futuro, non operatur, quando testamentum est ruptum natiuitate posthumi, quem testator præteriuit ex errore, quia existimabat sibi non futurum filium. Neque legata in tali testamento relicta sustinenda erunt per Auth. Ex causa; num. 591.

An clausula Codicillaris, Si non valebit, *&c. operetur in testamento rupto per natiuitatem posthumi præteriti, de quo testator non cogitauit? Traditur, & suadetur pars negatiua; num.* 592. *Contraria sententia alijs placet, & probatur; numer.* 593. *Arguitur efficaciter contra fundamentum hujus secundæ sententiæ; num.* 594. *Et tandem prior sententia præfertur; num.* 595. *Intelligenda verò est, nisi ex probabilibus conjecturis appareat, quòd testator posthumum præteriisset, etiamsi de illo cogitasset; num.* 596.

Posthuma rumpens testamentum, in quo erant instituti agnati pro bonis in familia conseruandis, censetur grauata per clausulam Codicillarem restituere hæreditatem illis agnatis; ibidem.

Si post natiuitatem posthumi ignoranter præteriti testator diutiùs vixit, nec testamentum mutauit, cùm facilè posset, an sufficiens inde captatur conjectura, quòd voluit vt testamentum sustineretur jure codicillorum, si in eo erat clausula Codicillaris per verbum de futuro? Pars negatiua probatur à Bartholo, & multis alijs; numer. 597. *Contrarium tamen tenent alij, idque magis probatur auctori; num.* 598. *& seqq. Id verò intelligitur, nisi ex alijs conjecturis, & causis, ob quas testamenti mutatio differri potuit, judex aliud arbitretur; num.* 601.

Quoties posthumus rumpens testamentū ex causa præteritionis grauatur fidei- com-

commisso universali virtute clausulæ Codicillaris, manet illi salua sua legitima. Et vtrum in tali casu possit vltra legitimam detrahere etiam Trebellianicam? num.602. & seq.

589 HÆc etiam est vna ex præcipuis quæstionibus circa effectum clausulæ Codicillaris. Pro cujus resolutione aduertendum est, testamentum, in quo posthumus præteritur, esse simpliciter validum, antequam posthumus nascatur, eo verò nato, reddi nullum, *§. Posthumi quoque, Inst. de Exhæredat. liber. l.2. Cod. de Bonor. possess. contra tab. cum simil.* Hoc supposito, quædam in præsenti quæstione sunt certa, quædam verò dubia, & valde controuersa.

590 Certum in primis est, quòd in præsenti casu non operatur clausula Codicillaris per verbum de præsenti, *Si non valet*, &c. vt notant Barth. *in l.1. num.10. ff. de Iure codicil.* Bald. *in l. vlt. num.18. Cod. de Codicil.* Jacobin. de S. Georg. *in Auth. Ex causa, num.27. Cod. de Liber. præter.* dicens hoc esse indubitanter verum, Fusar. *de Substitution. quæst. 569. num.8.* alijque communiter. Et patet, quia cùm testamentum fuerit simpliciter validum, nō subsistit conditio, *Si non valet*, & consequenter nullius momenti est clausula sub tali conditione concepta. Certum etiam est, quòd clausula Codicillaris per verbum de futuro, *Si non valebit*, &c. operatur quando testamentum rumpitur per natiuitatem posthumi scienter præteriti, quem scilicet testator præteriuit, cùm filios sibi nasci turos speraret, vel de illis specialiter cogitaret. Ita Barthol. *d. num. 10.* Prætis, *lib.2. de Interpret. vlt. vol. interpret. 1. dub. 1. solut. 11. num.7.* dicens hoc in dubium non verti, & multi alij quos citat & sequitur Fusar. *d. q. 569. numer.13. & 14.* estque ab omnibus receptum, & constat manifestè ex supra dictis.

591 Certum denique videtur, quòd etiam dicta clausula per verbum de futuro non operabitur, quando error testatoris existimantis sibi non futurum filium, causam dedisset ejus præteritioni, & institutioni alterius, vt notauit Bald. *in d. l. vlt. num. 20. Cod. de Codicil.* siquidem error tollit consensum, *l. Si per errorem, ff. de Iurisd. omn. judic.* Nec præsumi potest, quod testator filium voluisset grauare, vt hæredi per talem errorem instituto hæreditatem restitueret. Quin etiam neque legata in illo testamento relicta sustinenda erunt per *d. Auth. Ex causa*, neque per *l. vltim. ff. de Hæred. instit.* vt constat ex supra dictis, *num. 583.* quando filius jam natus ignoranter præteritus est, & notat Anton. Gom. *in l.23. Tauri, numer. 3. §. Nec obstat*, vbi respondet ad text. *in d. l. vltim. ff. de Hæred. instit.*

Dubium verò non leue est, quando testamentum est ruptum natiuitate posthumi præteriti, de quo testator non cogitauit, an tunc operetur dicta clausula, *Si non valebit*, &c. Partem negantem defendunt Barth. præcipuus hujus resolutionis auctor, *in l. 1. num. 10. ff. de Iure codicil. alijsque in locis* Jacobin. de S. Georg. *in d. Auth. Ex causa, num. 27. fine, Cod. de Liber. præter.* Simon de Prætis plures referens, *lib.2. de Interpret. vltim. vol. interpret. 1. dub. 1. solut. 11. num. 8. fine*, Fusar. plurimos referens, *d. q. 569. numer.16.* & multi alij quos adducit Tiraq. *in l. Si vnquam, verbo, Donatione largitus, num.265. Cod. de Reuoc. donat.* Hanc sententiam probat Barthol. duplici argumento. Primum est, quia donatio inter viuos facta per eum qui non cogitabat se filios habiturum, reuocatur per natiuitatem filiorum, *d. l. Si vnquam*, ergo à fortiori reuocabitur fideicommissum inductum per dictam clausulam Codicillarem, cùm hoc sit minùs firmum, quàm illa donatio, quæ suaptè natura est irreuocabilis, & longè firmior, vtpote nitens voluntate duorum, vt notat, *in l. 1. Cod. de Pact.* Secundum, quia in testamento militis inest tacitè clausula, *Si non valet jure communi, valeat jure militari, l.3. ff. de Testament. milit.* & tamen posito quòd militi post factum testamentum nascatur filius, quanuis tale testamentum valere posset jure militari, si testator vellet, tamen non valet, si testator de ipso filio 592

filio non cogitauit, *l. Si cum vel in vtero*, 10. *Cod. de Testament.* Fundamentum verò radicale & à priori est, quia præsumitur, quòd testator, si de posthumo cogitasset, nollet illum grauare fideicommisso, argum. *d. l. Si vnquam, Cod. de Reuoc. donat. & l. Generaliter, §. Cùm autem, Cod. de Instit. & substit. cum concord. & l. Sicut certi, & d. l. Si cum vel in vtero, Cod de Testament. milit. & l. Qui graui, & l. pen. ff. de Iure codicil.* atque adeo quòd apponendo clausulam Codicillarem, & sic rogando venientes ab intestato, non intendit comprehendere, & grauare posthumum, de quo non cogitabat.

593 Contrariam nihilominus sententiam tenent Bald. *in l. vlt. num.* 20. *Cod. de Codicil.* & sæpe alibi Salic. *ibid.* Oldrad. *consil.* 149. *in* 3 *q.* Specul. *tit. de Instrum. edit. §. Compendiose, vers. Item vide*, & plures alij quos longa serie referr Tiraq. *in l. Si vnquam, verbo, Donatione largitus, num.* 269. & Fusar. *d q.* 569. *numer.* 18. atq; idem relatis alijs sentit Stephan. Gratian. *Discept. forens. cap* 48. *num* 14. Probant quia testator apponendo clausulam Codicillarem per verba futuri temporis saltem in genere cogitauit de posthumo; siquidem per eam clausulam intendit prouidere de remedio aduersus causas, quæ testamentum rumpere possent, ex quibus vna est posthumi natiuitas; & sic saltem in illa generalitate de ea cogitauit, & aduersus eam prouidit. Atque hinc respondent facilè ad vtrumque argumentum Bartholi; quia in neutro casu, ex quo illa arguit, apparet, quòd disponens vlla ratione cogitauerit de posthumo; & ita non potest inde sumi efficax argumentum ad præsentem casum, in quo saltem in genere testator cogitauit de posthumo.

594 Cæterùm contra hoc fundamentum stat regula, *In generali, de Regul. jur. in* 6. ex qua habetur, quòd sub generalitate concessionis non veniunt, quę si in specie proponerentur, verosimiliter non concederentur. Quæ regula in præsenti casu militat, cùm satis verosimile sit, quòd si testatori dictam clausulam apponenti in specie proponeretur, an vellet, vt si fortè filius sibi postea nasceretur, & testamentum rumperet, talis filius teneretur restituere hæreditatem hæredi scripto? Responsurus erat, se id nolle, vt de jure præsumitur per textus pro priori sententia adductos, & satis per se videtur constare.

Unde etiam non satisfacit, quod Baldus, *loco citat*, pro hac secunda sententia considerat, dicens, in præsenti casu esse dubium, quid testator facturus, aut fensurus esset, si de posthumo cogitasset: in dubio autem sequenda esse verba testamenti, dum contrarium non probatur, argum. *l. Licèt Imperator, ff. de Leg.* 1. Nam in dubio standum est verbis, vt *in l. Si alij*, ibi: *Plus valet scriptura*, &c. *ff. de Vsufruct. leg.* & sic in præsenti standū esse verbis dictæ clausulæ vt etiam rumpente posthumo testamentum, operentur. Hoc, inquam, non satisfacit, quia in illo dubio non cogunt verba dictæ clausulæ, illis standum esse; cùm procedant generaliter, & sic non comprehendant casum valde specialem, qualis est iste, de quo loquimur, in quo mens testatoris rationabiliter præsumpta refragatur: juxta quam potiùs asserendum, ac præsumendum est, quòd si testator de proximo cogitasset, vel illum non præterijsset, nec fideicommisso grauasset, vt si non esset destitutus spe habendi filium: vel si eâ destitutus esset, illum pręterijsset, & grauasset ex errore, atque adeo nullius momenti esset clausula, qua illum grauaret, vt idem Baldus admittit, & constat ex dictis, *num.* 591. Itaque prima sententia, *num.* 592. relata mihi videtur longè verior, & omnino in praxi sequenda. 595

Intelligenda verò est dicta prior sententia, nisi ex probabilibus conjecturis verosimilius appareat, quòd testator, etiamsi de posthumo cogitasset, illum nihilominus præterijsset, & pro conseruando testamento jure codicillorum dictam clausulam adhibuisset. Quam moderationem omnes admittunt. Cæterùm quid in particulari sufficiat ad ita existimandum arbitrio prudentis judicis relinquitur; 596

tur; qui pro ratione personarum, temporis, loci, aliarumque circunstantiarum in particulari variè poterit æstimare, vt aduertit cum alijs Mantica, *lib.* 12. *de Coniect. vltim. volunt. tit.* 1. *num.* 22. Quo fundamento credunt aliqui non improbabiliter apud Fusar. *de Substitut. q.* 569. *num.* 22. si essent instituti agnati pro bonis in familia conseruandis, & postea nasceretur fæmina, quòd hæc censeretur grauata per clausulam Codicillarem restituere hæreditatem agnatis, hæredibus scriptis.

597 Speciatim verò agitari solet à DD. Utrùm si post natiuitatem posthumi præteriti, de quo testator specialiter non cogitauerat, ipse testator diutiùs vixit, & testamentum non mutauit, cùm facilè posset, sufficiens inde capiatur coniectura, quòd voluit vt testamentum sustineretur iure codicillorum, si in eo scripta erat clausula Codicillaris per verbum de futuro, vt *Si non valet, vel non valebit*, &c? Negant Barthol. *cons.* 210. alijsque in locis, Angel. *in l.* 1. *num.* 3. *Cod. de Codicil, & in l. Qui iure militari. num.* 1. *ff. de Milit. testam.* Socin. Sen. *cons.* 93. *volum* 4. Ripa, *in l. Si vnquam, q.* 42. *in fine, numer.* 109. *Cod. de Reuoc. donat.* & plures alij quos latè refert Mantica, *lib.* 12. *de Coniect. vlt. vol. tit.* 1. *num.* 16. *& seqq.* Idem relatis multis defendit acriter Fusar. *d. q.* 569 *sub num.* 26. & videtur etiam sentire Præcis, *lib.* 2. *de Interpret. vlt. vol. interpret.* 1. *dub.* 1. *solut.* 11. *num.* 8. vbi alios etiam pro hac sententia adducit. Præcipuum fundamentum videtur esse; quia potest dici, quòd ideo in proposito casu testator non mutauit testamentum, quia sciebat satis esse prospectum filio per leges, quibus tale testamentum ipso iure rumpitur, etiam quoad fideicommissum per clausulam Codicillarem inductum, vt in simili dicitur de creditore, qui tacet, quia scit jus suum semper manere saluum, vt per *l. Sicut §. Non videtur, ff. Quibus mod. pign. vel hypot. solui.* Quo admisso, cessat coniectura, quòd testator testamentum non mutans voluerit filium grauare illo fideicommisso. Arguit præterea Barthol. *supra*, quòd licèt admittamus, testatorem id voluisse, tamen hæc voluntas non esset legitima, vtpote non facta coram solemni numero testium, qui in codicillis, & fideicommissis necessarius est; & sic nullius foret momenti.

Contrarium tamen apud eundem Manticam, *d. tit.* 1. *numer.* 14. & Fusar. *d. q.* 569. *numer.* 23. sentiunt non immeritò 598
Paul. Castr. *in l.* 1. *in fine*, *Cod. de Posthum. hæred. institut. & cons.* 200. *num.* 1. *& 4. volum.* 1. alijsque in locis, Roman. *cons.* 122. *sub num.* 1. Alex. *cons.* 123. *num.* 8. *volum.* 1. Corneus, *cons.* 158. *num.* 39. *vol.* 2. *& cons.* 216 *num.* 13. *vol.* 3. Decius, *cons.* 490. *num.* 8. Curt. jun. *cons.* 150. *numer.* 12. Rolan. *consil.* 7. *numer.* 30. *vers. & eò magis, vol.* 4. & multi alij. Probatur primo, *per l.* 3. *Cod. de Inoffic. testam.* vbi mater, quæ neglexisset mutare testamentum post natum posthumum in eo præteritum, censetur voluisse illum exhæredare. Ergo similiter qui nato posthumo præterito neglexit mutare testamentum, in quo est clausula Codicillaris grauans venientes ab intestato, censetur voluisse etiam grauare ipsum posthumũ, qui rupto testamento ab intestato succedit. Respõdet Barthol. *d. consil.* 210. quòd per *d. l.* 3. tunc hæc coniectura assumitur, quando instituti sunt filij qui est casus illius legis; secus si instituti sunt extranei. Vbi jam nobiscum ex parte consentit, quando scilicet alij filij, instituti sunt. Deinde verò, quod idem sit dicendum, quãdo sunt instituti extranei, satis apertè ex eadem lege colligitur, cùm ad dictam cõiecturam assumendam solùm videatur facere vim in eo, quòd testatrix neglexit mutare testamentum in quo posthumum præterierat.

Probatur secundò & efficaciter, quia cùm sit valde controuersum, an etiam per 599
dictam clausulam Codicillarem grauetur posthumus incogitanter præteritus, & plurimi DD. partem affirmatiuam teneant vt vidimus, planè si testator qui posthumum, tali clausula adhibita, præteriuit, ita esset animatus, vt noluisset illum gra-

ua-

uare si de eo cogitaret, satis verosimile, imò certum moraliter est, quòd diu viuens post eum natum, saltem ad tollendam dubitationem, & reddendum jus illius certum, testamentum mutaret aut retractaret, si facilè posset: & consequenter si illud non retractauit, quòd semper eo fuit animo, vt etiam à principio voluerit eum grauare. Nam ex eo quod sequitur, qualis à principio fuerit voluntas, declaratur, *l. Sed Iulianus, §. Proinde, ff. Ad Maced. l. Cùm quis, Cod. de Naturali liber.* & ita in specie declarat Joan. Crot. *consil 66 num. 14. & 15.* Et hinc manet solutum fundamentum contrariæ sententiæ, cùm in casu proposito non sit certum jus in fauorem posthumi, si testamentum non mutetur: quod aliter se habet in casu, de quo loquitur, *d. l. Sicut, §. Non videtur*, ibi enim est jus certum pro creditore.

600 Neque etiam valet, quod Barthol. arguendo pro eadem contraria sententia addidit. Quia cùm probauerimus, quòd in casu præsenti censetur testator voluisse à principio grauare etiam ipsum posthumum per dictam clausulam Codicillarem, semper illa voluntas fuit legitima, & sufficiens ad talem effectum; quia, vt supponimus, testamentum fuit à principio solemne & legitimum, saltem in ratione codicilli ob dictam clausulam: & licèt fuerit ruptum in ratione testamenti ex causa præteritionis, attamen in ratione codicilli ruptum non fuit, cùm codicillus per se loquendo ex tali causa non rumpatur, *l. Siquis cum testamentum, 3. in princip. ff. de Iure codicil. cum simil.* Ergo etiam post natum posthumum talis voluntas fuit legitima, nec indiguit noua solemnitate ad illum grauandum. Adde, quòd licèt admittamus fuisse per natiuitatem posthumi ruptum testamentum, etiam in ratione codicilli, adhuc si testator post natum filium tacitè illud confirmauit, volendo cum eo decedere, ea tacita voluntas absque alia noua solemnitate sufficiet ad illius valorem in ratione codicilli, atque adeo ad grauandum fideicommisso ipsum filium præteritum, argum. *l. 1. §. 1. ff. de Leg. 3.* Angel. *consil. 108. numer. 3 vers. Secundo casu.*

Aduerte autem primo, traditam resolutionem, cùm nitatur conjecturâ voluntatis, non ita absolutè procedere vt judicis arbitrium excludat. Nam vt optimè notat Mantica, *d tit. 1. num. 22.* ex longitudine temporis, quo testator vixerit post natiuitatem posthumi, & ex alijs causis, ex quibus interdum potest differri factio testamenti, & ex casibus repentinis, quibus ipse testator decesserit, judex variè æstimare potest, *juxta l. Voluntatis defuncti, quæst. 7. Cod. de Fideicommiss.* 601

Aduerte secundò, quotiescumq; posthumus rumpens testamentum ex causa præteritionis grauatur fideicõmisso vniuersali ob dictam clausulam Codicillarem, manere illi saluam suam legitimam, quemadmodum in casu præteritionis filij jam nati, & similiter grauati, dictum est *supra, num. 587.* Vtrum autem possit vltra legitimam detrahere etiam quartam Trebellianicam? Variant DD quidam namque affirmant vt Baldus *in l. Filium, num. 34. Cod. Famil. ercisc. & in l. Papinianus, §. Meminisse*, vbi etiam Angel. *ff. de Inoffic. testam.* Jason; *in d. l. Filium, sub num. 11. Guiliel. Bened. in cap. Raynut. verbo, Eodem testamento*, & alij quos citat, & videtur sequi Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vltim. vol. interpret. 1. dub. 1. solut. 11. fine*, intelligendo tamen, quando posthumus est natus, mortuo jam testatore: secus si eo superstite, vt notat Alex. *consf. 142. col. 6. in princip.* & Prætis, *supra*. Quorum ea est ratio, quia quando posthumus nascitur mortuo jam testatore, statim detrahitur legitima, quarta verò Trebellianica post factam verificationem de conuersione testamenti in codicillum & fideicommissum, virtute dictæ clausulæ Codicillaris: tunc autem vna tantùm ex his quaartis detrahitur, quando, si ambæ detraherentur, eodem tempore id fieret; quod non permittitur, tum ob imputationem vnius in aliam: tum, ne simul duæ causæ lucratiuæ concurrant. Quæ est ratio, cur filius grauatus purè 602

purè fideicommisso solùm detrahit vnam ex illis quartis: si autem sit grauatus sub conditione detrahit vtramque vt latè declarat Peregrin. *de Fideicommis. art.* 3. *num.* 51.

603 Alij verò oppositum sentiunt, quòd scilicet etiam quando posthumus est natus post mortem testatoris, vnam tantùm quartam detrahere potest. Ita Paul. Castr. *cons.* 15. *col.* 2. *lib.* 2. Aymo Crauet. *cons.* 242. *num.* 4. Baldus sibi contrarius *cons.* 156. *col.* 1. *lib.* 2. & alij quos citat & sequitur Peregr. *d. art.* 3. *sub num.* 52. Et hæc sententia mihi videtur longè verior. Quia statim vbi talis posthumus nascitur, fideicommisso tenetur, atque vno & eodem tempore cedit dies detractionis legitimæ, vel Trebellianicæ, quod tollit ne possit detrahere vtramque, vt ex dictis constat. Nec refert, quòd vt constet de illo fideicommisso debeant priùs inspici clausulæ testamenti. Nam hoc etiam euenit, quoties filius aliàs grauatur fideicommisso puro, in cujus restitutione vna tantùm ex illis quartis detrahi potest, vt dictum est.

§. 14. *Explicantur quædam aliæ quæstiones pro effectu clausulæ Codicillaris.*

SUMMARIUM.

Quando dicatur rumpi testamentum agnatione Sui hæredis, & vtrùm in tali casu clausula Codicillaris operetur? num 604.

Quando testamentum rumpitur agnatione Sui hæredis conseruantur legata per Auth. Ex causa; *ibid.*

Vtrum clausula Codicillaris operetur, quando testamentum rumpitur per querelam fratris ob institutionem extraneæ personæ turpis? Ponitur, & suadetur sententia affirmatiua; num. 605. *& seq. Sententia negatiua cum suis fundamentis ponitur, & refellitur; numer.* 607. *cum seqq.*

Sola testamenta, in quibus ascendentes, vel descendentes injustè exhæredabantur, aut præteriebantur, jure antiquo damnabantur, tanquam facta à demente; num. 608.

Si frater instituendo personam turpem, relinquat fideicommissum vniuersale personæ non turpi, adhibita clausula Codicillari, tale fideicommissum valet; ibid.

Persona turpis non est incapax capiendi ex testamento, neque principaliter in ejus odium per querelam fratris annullatur testamentum, quo illa est instituta; num. 60 12.

Vtrum per clausulam Codicillarem conuertatur substitutio Vulgaris in Fideicommissariam? à num. 613.

Quando in testamento valido expresè facta est substitutio Vulgaris, clausula Codicillaris non operatur, vt illa substitutio vertatur in Fideicommissariam; d. num. 613. *& seq.*

Clausula Codicillaris operatur in defectum validitatis testamenti, non in defectum voluntatis testatoris; num. 614. *&* 616. *&* 619.

Substitutiones directæ si fiant in codicillis valent jure fideicommissi ex benigna interpretatione voluntatis testatoris; num 615.

Excluditur sententia, & fundamentum existimantium substitutionem Vulgarem factam in testamento trahi ad fideicommissum post mortem instituti, si in testamento erat clausula Codicillaris per verbum de futuro; num. 616.

Quando testator substituit simpliciter, intelligitur per Vulgarem. Et vtrùm in tali casu clausula Codicillaris operetur, vt illa Vulgaris conuertatur in Fideicommissariam? num. 617. *& seqq.*

Quando testator verbis directis vocauit plures ordine successiuo, qui post primum nominatum vocati sunt, censentur substituti per Vulgarem, juxta cōmunem sententiam; num. 621.

Vtrum in prædicto casu illa Vulgaris cōuertatur in Fideicommissariam, si in testamento sit apposita clausula Codicillaris? Affirmant plurimi; num. 622. *Contraria tamen sententia magis proba-*

batur, num. 623.

Substitutio compendiosa facta verbis directis, retentâ opinione existimantium non contineri in illa Fideicommissariam jure testamenti, in eam non resoluitur ob clausulam Codicillarem, confirmato testamento per aditionem instituti; num. 624.

Quando testamentum, in quo est facta substitutio Vulgaris, non valeret jure testamenti, sed solùm jure codicillorum ob clausulam Codicillarem; tunc si institutus succedat ab intestato, vt quia erat proximior testatori, nihil virtute illius clausulæ debetur substituto; num. 625. & seq. Idem dicendum, si institutus non succedat ab intestato, petat verò sibi restitui hæreditatem per fideicommissum virtute dictæ clausulæ; cùm aliàs sit capax ita succedendi; num. 627. Si autem institutus nolit, aut non possit eam restitutionem petere, tunc ab intestato succedentes debēt restituere prædicto substituto; n. 628.

604 PRima quæstio, vtrum clausula Codicillaris operetur, quando testamētum rumpitur agnatione sui hæredis? Quod fit, quando in testamento est institutus filius, & is viuo testatore decedit, remanentibus ex eo nepotibus, qui reperiuntur præteriti in testamento aui, & ex ea causa illud rumpunt, *§. Posthumorum, Inst. de Exhæredat. liber. l. Siquis filio, 6. in princip. vers. Nam agnoscendo, ff. de Injusto rupto testam.* Casus ergo præsentis quæstionis formatur hoc modo. Testator instituit æqualiter duos filios, postea in vita testatoris decessit vnus, viuo alio, remanentibus ex illo nepotibus, qui testamentum aui rumpunt, eoquod in eo reperiantur præteriri: quæritur, an clausula Codicillaris, *Si non valet*, &c. in tali casu operetur, vt illi nepotes debeant jure fideicommissi restituere portionem sui patris cohæredi scripto in testamento, idest, filio testatoris superstiti? Respondet negatiuè Barth. *in l. 1. quæst. 11. numer. 16. ff. de Iure codicil.* & meritò, quia illa clausula solùm operatur, vt jure codicillorum & fideicommissi debeatur honoratis, quod illis relictum est: portio autem filij præmortui, non fuit vllo modo relicta alteri filio. Præterea ipsi cohæredes non tenentur ad inuicem ad fideicommissum, quando sunt æqualiter instituti in totum, & æqualiter grauati; cùm alter alteri tantundem esset debiturus; quod est clusorium, & sic inane, *l. Ab omnibus, §. Si Actio in fine, ff. de Leg. 1.* Addit verò idem Barthol. secus dicendum esse, si illi fratres essent inæqualiter instituti. Nam si fratri qui superuixit, maior pars hæreditatis fuisset relicta, operaretur dicta clausula, vt nepotes præteriti tenerentur jure fideicommissi restituere illi eum excessum. Notar etiam, quòd legata in illo testamento relicta conseruabuntur per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* Vnde quoad illa nihil dicta clausula operabitur, cùm aliàs sint valida.

Secunda quæstio, vtrum quando testamentum fratris, rumpitur per querelam 605
alterius fratris ob institutionem extraneæ personæ turpis, juxta *l. Fratres, Cod. de Inoffic. testam.* clausula Codicillaris operetur, itaut frater querelans ab intestato succedens teneatur jure fideicommissi restituere hæreditatem turpi personæ institutæ? Affirmatiuam sententiam tenet Angel. *cons. 166. aliàs 171.* Socin. jun. *cons. 87. numer. 16. lib. 4.* Crauet. *cons. 616. numer. 22. & sæpe alibi*, Jacobin. de S. Georg. *in Auth. Ex causa, prope fin. Cod. de Liber. præter.* Joan Dilect. *de Arte testandi, titul. 3. cautela, 16.* Menoch. *cons. 1137. numer. 4.* Clarus *§. Testamentum, quæst. 54.* & alij quos refert Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 1. solut. 11. sub num. 19.* & Fusar. *de Substitution. quæst. 570. num. 3.* Suadetur, quia jus concedens annullationem testamenti per querelam ascendentis, vel descendentis injustè exhæredati, non impedit quominus tale testamentum sustineatur jure codicillorum & fideicommissi, si habeat clausulam Codicillarem, vt vidimus *supra, num. 585.* Ergo etiam

jus concedens annullationem testamenti per dictam querelam fratris id non impediet; & hoc à fortiori, cùm justior & fauorabilior sit causa ascendentium, & descendentium, quàm collateralium, seu fratrum.

606 Nec videtur referre, quòd in querela, per quam frater rumpit dictum testamẽtum, specialiter consideratur, esse in eo institutam personam turpem: primò, quia persona turpis, eo quod turpis sit, non est incapax capiendi ex testamento, vt constat ex ipsamet *l. Fratres, Cod. de Inoffic.* vbi in multis casibus rejicitur querela contra testamentum, quo persona turpis à fratre instituta est. Secundò, quia etiam quando pater filium injustè exhæredasset,& loco ejus instituisset personam turpem, adhibita clausula Codicillari, tale testamentum sustineretur jure codicillorum, & filius teneretur restituere hæreditatem illi personæ turpi,juxta supradicta, *num.* 584. *& seq.* Tertiò,& à priori, quia lex concedens annullationem testamenti per querelam inofficiosi in casu proposito est odiosa, cùm sit in odium personæ turpis,vel certè in odium testantis,qui personam turpem fratri non turpi, neque ingrato prætulerit: lex autem odiosa vltra suos terminos non extenditur, juxta vulgarem juris regulam, *Odia restringi, & fauores conuenit ampliari, cap. Odia,* 15. *de Regul. jur. in* 6. Vnde cùm *in d.l. Fratres,* solùm admittatur dicta querela ad annullandum testamentum; quo persona turpis fuerit instituta, non debet id extendi ad annullandum etiam codicillum, seu fideicommissum per clausulam Codicillarem inductum, quo hæres ab intestato grauatur restituere hæreditatem illi personæ. Accedit, quod cùm publicè intersit vltimas voluntates conseruari, *l. Vel negare,* 5. *ff. Quemadm testam. aper.* non debent irritari testamenta, nisi quatenus jure fuerit expressum, ne contra bonum commune fiat extensio; quod à ratione, & jure ipso abhorret, *l. Hoc modo,* 63. *ff. de Condit. & dem. cum simil.*

607 Contrariam nihilominus sententiam tuentur Paul. Castr. *in l. Si patroni,* 55. *§. fin ff. Ad Trebel.* Alex. *ibidem,* Jas. *in d. l. Fratres, num.* 5. Philip. Decius, *cons.* 530. Bertachin. *in Repertor. vers. Clausula Codicillaris, sub num.* 40. Roland. à Val. *cons.* 87. *num.* 13. *lib.* 3. Prætis plures referens, *d. solut.* 11. *numer.* 20. *& seqq.* Menchaca, *lib.* 1. *de Success. creat.* §. 10. *numer.* 591. Caldas Pereira, *Com. in tit. Inst. de Inoffic. testam.* § *Soror, num.* 34. Peregrin. multos etiam referens *art.* 36. *de Fideicommiss. num.* 48. & alij apud Fusar. *supra.* Probant aliqui primo, eo fundamento,quia jure antiquo testamentum subjectum querelæ inofficiosi rumpebatur tanquam factum à demente, nihilque valebat clausula Codicillaris in eo adhibita, *l. Titia,* 13. *de Inoffic. testam.* & licèt illud jus antiquum sit correctum per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* at solùm fuit correctum quoad testamentum ascendentium, vel descendentium, non autem collateralium, vt patet ex corpore, vnde illa Auth. desumpta est.

608 Hoc tamen fundamentum facilè euertitur ex doctrina grauium DD. qui tenent per illud jus antiquum solùm damnari quasi facta à demente inofficiosa testamenta, quibus descendentes, vel ascendentes injustè exhæredabantur; non autem quibus exhæredabantur collaterales. Ita docet Angel. *in d. Auth. Ex causa, num.* 11. *per text. in d. l. Si patroni, §. vlt.* vbi id etiam aduertit, & videtur probare Barthol. Atque idem admittere debent Jason *in d. l. Fratres, num.* 5. *vers. Secus est,* Paul. Castr. *in d. l. Si patroni, §. fin.* & Peregrin. *vbi supra,* dum asserunt, si frater instituendo personam turpem relinquat fideicommissum vniuersale personæ non turpi, adhibita clausula Codicillari, tale fideicommissum ualere,& fratrem,qui testamentum expugnauerit per querelam, teneri, exclusa persona turpi, restituere illud ei personæ non turpi cui relictum est, vt etiam tenet Dynus apud Barthol. *in d. l. Si patroni, §. vltim.* & alij. Quod quidem stare non posset si testamentum fratris rumperetur per que-

querelam tanquam factum à demente, juxta *d.l.Titia*, vt bene arguit Barth. *sup.* & satis per se liquet.

609 Secundò igitur probant alij prædictam sententiam, quia si clausula Codicillaris in proposito casu valeret ad inducendum fideicommissum, quo frater testamentum expugnans teneretur restituere personæ turpi institutæ, id cederet in fraudem, & ludibrium, *d.l.Fratres*, quæ volunt vt hæreditas auferretur ab illa persona turpi: vnde tale fideicommissum censeri debet relictum in fraudem legis, & sic nullum, vt per *l.Cum quis decedens*, 35. *§.Titia, ff. de Leg.3.* ibi: *Non idcirco, quòd scriptum sit exigi posse, in fraudem legis relictum.*

610 At hoc etiam fundamentum non videtur efficax. Quia etiam quando filius expugnat testamentum patris per querelam inofficiosi, eoquod pater, ipso injustè exhæredato, personam extraneam instituerit, vult lex vt hæreditas auferatur à tali persona, & deuoluatur ab intestato ad filium exhæredatum; & tamen id non tollit quominus clausula Codicillaris in tali testamento adhibita habeat vim inducendi fideicommissum, quo filius ab intestato succedens maneat obligatus restituere hæreditatem personæ extraneæ institutæ, vt ex supra dictis constat. Neque testator tale fideicommissum relinquens censeri potest fraudem committere, siquidem vtitur jure suo, vtpote qui non prohibetur fideicommittere ab intestato in fauorem illius personæ. Qui autem vtitur jure suo fraudem non committit, *leg. Nullus, 56. ff. de Regul. jur.* notat late Sanch. *lib. 3. de Matrim. disp. 18. num. 29.*

611 Tertio denique probat Præsis *citat.* quia in casu proposito rumpitur testamentum ob incapacitatem personæ turpis institutæ, inductam in odium ipsius turpitudinis, vt omnes videntur sentire *in d. l. Fratres.* Qui autem est incapax institutionis, & capiendi ex testamento, etiam est incapax capiendi ex codicillis, & per fideicommissum, vt probat Baldus communiter receptus, *in l.fin.col.3. in fine sub vers. Et per hoc apparet, Cod. de Codicil. argum. l. Qui testamentum, 27. ff. de Probat. & d. l. Cum quis decedens, §. Titia, ff. de Leg. 3.*

Sed neque hoc fundamentum valet. 612
Falsò enim assumit, quòd persona turpis sit incapax capiendi ex testamento. Nam si ita esset, statim testamentum, quo illa institueretur, foret nullum ipso jure, & non expectaret querelam fratris ad hoc vt annullaretur. Præterea ipsa etiam testamenti annullatio per fratris querelam non est inducta principaliter, ac per se in odium personæ turpis institutæ, sed ad propulsandam injuriam, quam testator irrogasse videtur fratri nó turpi, neque ingrato, exhæredando illum, & instituendo personam vilem ac turpem, vt satis *ex dict. leg. Fratres*, constare videtur: hæc autem injuria sufficienter auertitur excludendo illam personam ab honore institutionis, & admittendo fratrem ad succedendum fratri ab intestato, licèt cum onere fideicommissi vniuersalis per clausulam Codicillarem inducti, quemadmodum fit, quando testamentum habens clausulam Codicillarem rumpitur per querelam filij injustè exhæredati, vt ex supra dictis constat, & omnes facilè admittunt. Itaque prior sententia mihi videtur verior, licèt hæc secunda sit communior, & facilè defendi possit, tum propter authoritatem DD. tum ob secundum fundamentum pro ea adductum.

Tertia quæstio: vtrùm per clausulam 613
Codicillarem conuertatur substitutio Vulgaris in Fideicommissariam. In hac quæstione varij casus distinguuntur. Primus est, quando in testamento valido expressè facta est substitutio Vulgaris, vt *Si Titius institutus hæres non erit, sit hæres Sempronius.* In hoc casu resolutio est, clausulam Codicillarem non operari, vt illa substitutio vertatur in Fideicommissariam. Ita Decius *in leg. Precibus, num. 18. Cod. de Impuber. & consil. 248. num 6. vers. Secundò non obstat*, alijsque in locis, Mantic. *de Conject. vlt. vol. lib. 5. tit. 2. n. 8. & 13. & lib. 6. tit. 4. n. 15.* Peregr. de

de Fideicom.art. 18.*n.*8. Fusar.*de Substit. q.* 64.*n.* 55.*cum seqq.* & *q.* 245.*n.* 37. & Stephan. Gratian.*tom.*2.*Discept.for.cap.* 369. *à num.* 20. qui alios referunt, proceditque hæc resolutio, siue clausula Codicillaris fuerit adhibita solùm per verba de præsenti, siue etiam de futuro.

614 Fundamentum est, quia in præsenti casu, cùm testamentum fuerit validum, si institutus non sit hæres, succedit substitutus per illam Vulgarem expressam, & non est locus Fideicommissariæ. Si autem institutus hæreditatem adeat, eo ipso euanescit illa Vulgaris, *l.Post aditam, Cod.de Impub.& aliis subst.* Neque dici potest, quòd vertatur in Fideicommissariam virtute clausulæ Codicillaris. Primò, quia hæc clausula non efficit, vt relicta in testamento debeantur nisi verificatis conditionibus, quibus relicta sunt, Socin. Sen. *consil.*140.*col.*2.*n.*7. *lib.*1. & *consil.* 218. *col.*5.*lib.*2. Ruin.*consil.* 163.*col.*5. *lib.*2. Dec.*cons.*320.*col.*1. Prætis *lib.*2.*de Interpret.vlt.vol.interp.*1.*dub.*1.*solut.*11.*n.*12. Peregrin.*de Fideicommiss. art.*2. *n.* 16. & omnes. In præsenti autem deficit conditio, sub qua testator vocauit substitutum ad hæreditatem, siquidem vocauit illum sub conditione, si institutus hæres non esset; quæ conditio defecit: ergo nequit illa clausula operari, vt hæreditas debeatur tali substituto iure fideicommissi: atque adeo non efficit, vt dicta Vulgaris in Fideicommissariam conuertatur. Secundò, quia clausula Codicillaris operatur in defectũ validitatis testamenti, non in defectum voluntatis testatoris; siquidem tota ejus vis ab illa dependet. In præsenti verò casu testamentum fuit validum, neque vnquam defecit; & testator, cùm per solam Vulgarem substitutum vocauerit, nõ cogitauit de Fideicommissaria, atq; adeo illam non intendit: ergo clausula Codicillaris eam inducere non potest.

615 Dices clausula Codicillaris habet vim conuertendi testamentum in codicillos, itaut scripta in testamento perinde habeantur, acsi in codicillis scripta essent, vt constat, *per l.Quærebatur,*20.*ff.de Milit. testam.cum simil.* & est primum principium in hac materia. Sed si Vulgaris substitutio esset facta in codicillis, etiam verbis directis & ciuilibus valeret jure fideicõmissi, euaderetq; verè Fideicommissaria, vt de Pupillari dicitur *in l.Scæuola,*76.*ff. Ad Trebel.* per quem text. omnes admittunt, quòd licet institutiones, & substitutiones directæ solùm possint fieri in testamento, tamen si fiant in codicillis, nõ sunt omninò irritæ, sed valent jure fideicõmissi, ex benigna interpretatione voluntatis testatoris: ergo substitutio Vulgaris facta in testamento habente clausulam Codicillarem, valet vt Fideicõmissaria. Quòd etiam ferè in specie constat per *d.l.Quærebatur,ff.de Milit.testam.* & *l.Ex ea,§.*1.*ff.de Testam.* & *l.Posthumus,§.vlt.ff. de Injusto rupto testam. cum simil.* in quibus habetur, quòd omnia scripta in testamẽto habente clausulã Codicillarẽ, sũt in causa fideicõmissi, virtute illius clausulæ.

Hoc argumento credunt multi DD. substitutionem Vulgarem factam in testamẽto trahi ad fideicommissum post mortem instituti, si testamẽto erat adjecta clausula Codicillaris per verbũ de futuro, vt *Si nõ valet, vel non valebit jure testamenti,* &c. Quòd ea videatur esse mens testatoris talem clausulam adjicientis. Hanc sententiam cum suis Authoribus refert, & magis explicat Mantic. *d.tit.*2.*n.*12. At non est recedendum à resolutione supra tradita, contra quam præfatum argumentum nõ bene concludit. Nam licèt effectus clausulæ Codicillaris sit, traducere testamentum in codicillos, & sic efficere, vt omnia scripta in ipso testamento veniant in causam fideicõmissi, vt bene in argumento assumitur, at hunc effectum non habet, nisi in defectum validitatis testamenti, vel saltem, nisi causa testamenti omissa sit, nolente hærede scripto jure testamenti succedere (neq; enim postquam via testati electa est, & hæreditas adita ex testamento per institutũ, potest clausula Codicillaris ipsum testamentũ traducere ad codicillos, fauore substituti; cùm vna & eadem res non possit diuerso jure censeri, *l.Eum qui ædes, ff. de Vsucap.* & tunc etiam nihil dicta clausula operatur, nisi juxta 616

vo-

voluntatem testatoris, & verificatis conditionibus, sub quibus in testamento disposuit, vt supra notauimus. Quæ omnia requisita in nostro casu desiderantur.

617 Secundus casus est, quando testator nô substituit expresse per Vulgarem verbis specificis conceptam, sed simpliciter hæredi instituto substituit aliquem; quo casu intelligitur substitutio Vulgaris, juxta *cap. Si pater, de Testament. in* 6. & communem, de qua Mantica, *lib.* 5. *de Conjectur. vlt. vol. tit.* 2. *num.* 1. In hoc ergo casu sentit cum alijs. Peregrin. *tract. de Fideicommissis, art.* 18. *num.* 9. si in testamento adjecta sit clausula Codicillaris per verbum de præsenti, non trahi substitutionem ad fideicommissum, cùm ea clausula solùm respiciat tempus præsens, & sic non extenditur ad casus futuros, in quibus Vulgari per aditionem instituti exclusâ, transitus esse posset in Fideicommissariam. At si clausula sit adjecta per verbum futuri temporis, vt *Si non valet, vel valebit*, &c. tunc dictam substitutionem resolui in Fideicommissariam in tempus mortis instituti, qui hæreditatem adiuit; quòd talis clausula videatur côplecti omnes casus, in quibus dispofita in testamento valere non possunt jure testamenti, ob defectum solemnitatum, vel jure directo, vt in illis valeât jure fideicommissi, & codicillorum.

618 Nihilominus, etiam in hoc casu tenendum est nô conuerti Vulgarem in Fideicommissariam, etiamsi adhibita sit clausula codicillaris per verbum de futuro Ita excepto Peregrino sentiunt proculdubio omnes DD. quos pro resolutione casus præcedentis adduximus. Nam simpliciter negant, conuerti Vulgarem substitutionem in Fideicommissariam virtute clausulæ Codicillaris, neque vllam faciunt vim in eo, quod Vulgaris sit expressa verbis specificis, & non tantùm subintellecta, vel solis verbis generalibus concepta. Et quidem eadem in vtraque est ratio; quia etiam quando Vulgaris verbis tantùm generalibus concepta est, vt in præsenti casu, non vocatur per eam substitutus ad hæreditatem, nisi sub conditione, si institutus hæres non fit: vnde cum clausula Codicillaris non operetur, nisi verificata conditione, sub qua testator disposuit, sit vt instituto hæreditatem adeunte, nihil per eam clausulam consequi possit substitutus, & sic quòd dicta Vulgaris non vertatur in Fideicômissariam. Et ita expressè tenet relatis alijs Fusar. *de Substit. q.* 260. *n.* 14. *&* 15 licèt multò plures in contrarium adducat, *n.* 13.

Præterea hìc etiam militat illa ratio; 619
quia clausula Codicillaris solùm operatur in defectum validitatis testamenti: in præsenti autem testamentum fuit validum, imo & confirmatum aditione instituti, per quam dicta Vulgaris euanuit. Nec admitti potest quod respectu instituti valuerit vt testamentum, & respectu substituti vt codicillus virtute dictæ clausulæ; quia alioqui jam eadem res diuerso jure censetur, côtra *l. Eum qui ædes, ff. de Vsucap.* & eidem defuncto succederetur partim ex testamento, & partim ab intestato; quòd in jure reprobatur. Accedit, quòd clausula Codicillaris non supplet defectum voluntatis, neq; illam alterat, vel extendit, Gratian. *tom.* 2. *Discept. for. cap.* 369. *num.* 20. post Bald. *in l. fin. col.* 4. *Cod. de Codicil.* & alios. Ergo cùm in casu præsenti intelligatur voluntas testatoris fuisse substituere per Vulgarem, non potest virtute illius clausulæ fieri extensio ad Fideicommissariam.

Atque ex his respondetur facilè ad fundamentum contrariæ opinionis, clausulâ 620
Codicillarem per verbum de futuro côplecti casus, in quibus dispofita non possunt valere jure testamenti ob inualiditatem, vel annullationem ipsius testamenti; non autem casus, in quibus stante testamento dispofita non valerent jure ipsius testamenti. Nam clausula Codicillaris solùm spectat ad conseruandum testamêtum jure codicillorum ab intestato, quando ipsum testamentum fuerit inualidum, aut irritum, vt à nobis explicatum est §. 10. *num.* 570. *&* 573. Atq; in eo euentu solùm efficit, vt conseruentur dispofita in testamento, juxta voluntatem testatoris, & seruatis conditionibus ab eo

præscriptis, ita vt virtute illius clausulæ nihil debeatur jure codicillorum, quod non deberetur jure testamenti, si fuisset validum, vt optimè notarunt Socin. Sen. *cons.* 240 *sub num.* 7. *lib.* 1. *& cons.* 76. *in fine, lib.* 3. Decius *cons.* 242. *col.* 2. Menoch. *cons.* 532. *num.* 20. Mantica, *d. tit.* 2. *num.* 13. & Peregrin. *de Fideicom. art.* 2. *num.* 16.

621 Tertius casus est, quando testator verbis directis vocauit plures ordine successiuo, vt quando diceret: *Instituo filium meum, & ejus descendentes*; vel, *Instituo meum fratrem, & ejus liberos.* In quo euentu communior sententia est, quòd cæteri vltra primum nominatum censentur vocati per Vulgarem substitutionem, & non per Fideicommissariam. Pro qua sententia innumeros DD. refert eos sequens Fusar. *de Subst q.* 479. *n.* 1. *& seqq.* quam eandem tenent, & communem dicunt Decius, *cons.* 205. *num.* 4. *& infra*, & Couar. *in cap. Raynutius*, §. 2. *num.* 7. quos sequitur Mantica, *lib.* 4. *de Conject. vltim. vol. tit.* 7. *fine:* tum propter vim verbi directi, & ciuilis, ex quo cùm semel jure directo valere poterit, ad Fideicommissariam non trahitur, *l. Verbis ciuilibus, ff. de Vulgari.* tum etiam quia in dubio præsumitur potiùs substitutio directa, quàm Fideicommissaria, *cap.* 1. *de Testament. in* 6. Gloss. & DD. *in d. l. Verbis ciuilibus.*

622 In hoc igitur casu, prędictâ sententiâ retentâ, sentiunt plurimi, quod institutio, quoad liberos, & descendentes post primum nominatum vocatos trahitur ad Fideicommissariam, si in testamento addita sit clausula Codicillaris, præsertim per verbum de futuro. Hanc opinionem, multis pro ea citatis DD. referunt Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 18. *num.* 6. & Fusar. *d. q.* 479 *n.* 19 Rationē reddit Peregrinus, quia institutio quoad liberos, & descendentes resoluitur in substitutionē Compendiosam ob nomen collectiuum, *liberos*, vel *descendentes*, quòd tractum temporis significat: substitutio autem Compendiosa verbis directis facta (vt est in præsenti) obliquatur virtute clausulæ Codicillaris; cùm id congruat naturæ substitutionis Compendiosæ, quæ de se apta est vt etiam Fideicommissariam cōprehendat, *l. Precibus, Cod de Impub. & alijs substit.* Consentiunt in his Mantica, *lib.* 5. *de Conject. vlt. vol. tit.* 2. *num.* 8. & Stephan. Gratian. *tom.* 2. *Discept. forens. cap.* 369. *num.* 21.

Contrariam tamen sententiam tenent 623
non pauci apud Peregrin. *d. art.* 18. *sub num.* 6. & Fusar. *d. q.* 479. *num.* 21. inter quos Decius, *d. l. Precibus, num.* 28. *& cons.* 205. *num.* 9. Ripa, *in l. Centurio, numer.* 180. *ff. Vulgari*, & Riminal. jun. *cons.* 50. *num.* 31. Quæ sententia mihi omnino probatur ex traditis pro duobus casibus pręcedentibus; ac pręsertim ea ratione, quòd clausula Codicillaris non efficit, vt dispositâ in testamento valeant jure codicillorum, nisi pereunte testamēto, & prout in ipso testamento continentur, itaut virtute illius clausulæ nihil amplius debeatur, quàm deberetur jure testamenti, si validum esset, ac firmum permaneret; siquidem ejusmodi clausula non est inuenta ad extendendam, vel alterandam voluntatem defuncti in testamento contentam, sed solùm ad eam corroborandam, & conseruandam jure codicillorum in casu quo testamentum non valeat. Vnde cùm in præsenti casu, valido existente testamento, non debeatur hæreditas substitutis jure testamenti, nisi per Vulgarem, vt supponimus; atque adeo solùm in euentu, quo institutus ipsam hæreditatem non adeat, fieri nequit, vt illis debeatur virtute dictæ clausulæ, instituto adeunte; prout eueniret, si ratione illius clausulæ dicta Vulgaris resolueretur in Fideicommissariam.

Neque obstat, quòd substitutio, de qua 624
in præsenti agimus, resoluitur in Compendiosam factam verbis directis. Nam etiam ejusmodi Compendiosa, supposito quòd jure testamenti non contineat Fideicommissariam (qua de re magna inter DD. est controuersia, vt videre est apud Peregrin. *de Fideicommis. art.* 34. *num.* 71. *& seqq.* & Fusar. *de Subst. q.* 245. *num.* 1. *cum seqq.*) in eam non resoluitur jure

co-

codicillorum ob clausulam Codicillarem, confirmato testamento per aditionem instituti, vt optimè probat Fusar. *d. q. 245. num 37. & seq.* Idemque persuadet ratio adhibita pro nostra sententia principali, quamuis contrarium sentiant plurimi DD. apud eundem Fusar. *num. 35.* Quorum opinio tantùm cohæret cum sententia Aduersariorum *num. 622.* relatâ, & solùm eâ retentâ defendi potest.

625 Quartus casus est, quando testamentum, in quo facta esset substitutio Vulgaris non valeret jure testamenti, vt quia esset imperfectum, at valeret jure codicillorum ob clausulam Codicillarem in ea adhibitam. In hoc euentu videri alicui potest, simpliciter dicendum esse, quòd illa Vulgaris conuertatur in Fideicommissariam, & vt talis sustineri debeat, virtute clausulæ Codicillaris, cùm per eam totum testamentum conuersum sit in codicillos, & omnia in eo dispositâ, etiam ipsa institutio, valeant jure fideicommissi, *l. Quærebatur, ff. de Milit. testam. l. Ex ea, §. 1. ff. de Testam. & l. Posthumus, §. fin. ff. de Injusto testam.*

626 At distinguendum est. Nam vel institutus in tali testamento succedit ab intestato, quia non erat alius proximior, qui ab intestato succederet. Et in hoc euentu admitti non potest, teneri eum hæredem restituere substituto per fideicommissum, vt optimè notat Mantica *lib. 5. de Conject. vlt. vol. tit. 2. sub num. 12. vers. Sed rursus ego*; quia talis hæres ab intestato, cùm fuerit institutus, fuit magis dilectus à testatore, quàm substitutus; & si teneretur restituere jam substitutus censeretur magis dilectus, siquidem haberet emolumentum hæreditatis, quod non debet admitti; cùm absurdū sit substitutum vulgarem esse melioris conditionis, quàm institutum, *l. Publius, §. vlt. ff. de Condit. & demonstr.*

627 Vel ille institutus non succesit ab intestato, quia erant alij proximiores, ad quos hæreditas ab intestato deuenit. Et tunc subdistinguendum adhuc est: quia vel in tali euentu institutus voluit hæreditatem sibi restitui per fideicommissum, virtute clausulæ Codicillaris, cùm aliàs esset capax ita succedendi; vel noluit eam sibi restitui, illamue petere non potuit, vt quia erat deportatus, aut jam è vita decesserit. Si primum, nihil clausula Codicillaris substitutum juuat, vt ei debeat restitui hæreditas, quasi per Fideicommissariam vocato. Nam proximiores, qui ab intestato successerunt, soli instituto restituere debent, siquidem fuit vocatus in primo gradu, & clausula Codicillaris non mutauit volontatem testatoris, sed tantùm conuertit institutionem directam in Fideicommissariam. Ipse autem institutus fideicommissarius non tenetur restituere substituto vulgari. Nam is etiam in euentu, quo totum testamentum conuertitur in codicillos ratione clausulę Codicillaris, vt in præsenti, semper manet substitutus vulgaris respectu talis instituti, juxta *l. Vt hæredibus, 51. ff de Leg. 2.* ex qua habetur, quòd tam in hæredibus, quam in fideicommissarijs locum habet substitutio Vulgaris. Et ita in simili docent cum alijs Peregrin. *de Fideicommiss. art. 18 num. 23.* & Stephan. Gratian. *tom. 2. Discept. for. cap. 369. num. 30.* Ubi autem vocatus in primo gradu succedit, omnino manet exclusus substitutus vulgaris, & nulla ei debetur restitutio, vt est notissimum.

Si secundum, idest, si institutus noluit sibi fieri restitutionem, aut eam petere non potuit; tunc bene operatur dicta clausula Codicillaris, vt hæredes ab intestato succedentes restituere debeant per fideicommissum illi substituto; siquidem voluntas testatoris fuit, vt hæreditas ad illum deueniret in casu, quo ad institutū non perueniret; & licèt ea voluntas non valuerit jure testamenti, cùm hoc fuerit nullum, attamen conseruatur jure codicillorum virtute clausulæ Codicillaris; quæ in tali casu habet omnia requisita, vt talem effectum operari debeat. Quod satis ex supradictis constat. Et ita docet Mantica, *loco proximè citato*, qui optimè ibidem aduertit, quoties quæritur an substitutio Vulgaris conuerti possit in Fideicommissariam per clausulam Codicil- 628

larem; respiciendum esse ad conjecturam voluntatis testat oris, siue clausula sit concepta per verbum temporis præsentis, siue futuri.

§. 15. *Quid requiratur vt testamentum habens clausulam Codicillarem sit validum jure codicillorum?*

SUMMARIUM.

Vt testamentum valeat jure codicillorum ob clausulam Codicillarem requiritur & sufficit, quòd in eo interueniant, quæ ad valorem codicillorum necessaria sunt; num. 629.

In testamento habente clausulam Codicillarem requiruntur quinque testes vt valeat jure codicillorum. Qui testes non oportet, quòd sint masculi, neque quod sint rogati; num. 630.

Testamentum habens clausulam Codicillarem potest valere jure codicillorum, licèt sit factum per nutus; num. 631.

Clausula Codicillaris non operatur si testamentum sit inualidum ob defectum testantis, quòd is esset intestabilis; numer. 632. *Quid si tempore mortis jam erat testabilis? ibidem.*

Si testamentum rejiciatur ob suspicionem falsitatis, nihil ei prodest clausula Codicillaris, ad hoc vt sustineatur jure codicillorum; num. 633.

Quanuis testamentum careat institutione hæredis potest valere jure codicillorum virtute clausulæ Codicillaris; numer. 634.

Institutio hæredis facta in codicillis obliquatur, & valet jure fideicommissi; ibid.

629 Occasione; & gratiâ hujus quæstionis, quæ propriè ad præsentem disputationem spectat, præmittendũ in superioribus puraui, plenam codicillorum, & clausulæ Codicillaris doctrinam; quòd ex ea facillimo negotio præsenti quæstioni satisfiat. Illâ igitur suppositâ, dico breuiter ad quæsitum: vt testamentum valeat jure codicillorum ob clausulam Codicillarem, requiritur & sufficit, quòd in eo interueniant, quæ ad valorem codicillorum necessaria sunt. Est resolutio certa, vt notat Simon de Prætis, *lib. 2. de Interpret. vlt. vol. interpret. 1. dub. 1. solut.* 11. *num.* 1. Et ratio est manifesta, quia per clausulam Codicillarem intendit testator, vt testamentum habeat vicem codicillorum, & in eorum naturam transeat, casu quo non valeat, aut non sustineatur vt testamentum, quemadmodũ in superioribus declaratum est: vt autem dispositio, quam testator vult habere vicem & naturam codicillorum, jure eorum valeat, requiritur & sufficit, quòd habeat, quæ ad codicillorum valorem necessaria sunt; vt satis ex ipsis terminis liquet.

Hinc fit primò, quòd vt in codicillis 630
sic in testamento clausulam Codicillarem habente requiruntur quinque testes ad hoc vt valeat jure codicillorum; qui testes, non oportet quòd sint masculi, neqꝫ quòd sint rogati. Prætis, *d. solut.* 11. *num.* 2. cum Imola, Jasone, & communi, per text. *in l. vlt. in fine, Cod. de Codicil.* sufficit enim in tali testamento solemnitas codicillorum Molina, *disp.* 132. *sub num.* 1. *vers. Si tamen*, Menchaca, *de Success. progress. lib.* 3. §. 30. *num.* 19. & *num.* 38. & omnes. Vnde quæ à nobis dicta sunt, §. 4. & 5. circa solemnitatem codicillorum, tum jure communi, tum Lusitano requisitam, ea omnia locum pariter habent in testamento clausulam habente Codicillarem; cùm vt sic habeat veram & propriam rationem codicilli, secundùm quam nihil amplius ad sui valorem requirit, quàm codicillus à testamento separatus; optimèque ea ratione potest esse vtile, quanuis in ratione testamenti sit inutile, vt bene aduertit Menchaca, *d. num.* 19. ex regula, quòd vtile non vitiatur per inutile, *l.* 1. §. *Siquis ita, ff. de Verbor. obligat.*

Fit secundò, posse tale testamentum 631
valere jure codicillorum, licèt factum sit per nutus. Patet, quia codicilli nutu fieri possunt, vt traditum est *supra*, §. 4. *num.* 442. & ita post Barth. Albert. Bald. & alios

alios *in l.Iubemus,Cod.de Teſtament*.docent in ſpecie Farinac. *conſ.* 97. *numer.* 5. *tom.* 1. & Caſtillo *de Quotidianis controverſ.lib.*4.*p.*1.*cap.*27.*num* 28. Vide etiam circa hoc,quæ dicam *diſp.ſeq ſect*.3.*num*. 42.*& ſeqq.*

632 Fit tertiò,non poſſe dictum teſtamentum ſuſtineri jure codicillorum, ſi ſit nullum ob defectum teſtantis, quod ſcilicet teſtator eſſet ad teſtandum inhabilis, vt quia erat mutus à natiuitate, vel ſeruus, vel filiusfamilias, *&c.* Nam qui eſt incapax teſtandi eſt etiam incapax codicillandi, *l.Diui §. Codicillos,ff. de Iur. codicil. l.*2.*ff. de Leg.*1. & ita in ſpecie Barth. *in l.*1.*num.*19.*ff.de Iure codicil.* Bald. *in l.vltim. num.*17. *Cod. de Codicil.* Præetis, *dict. ſolut.* 11. *num.* 4. & cæteri communiter. Aduerte autem,ſi filiusfamil aut ſeruus teſtamentum fecerit cum clauſula Codicillari, & poſtea ſui juris effectus moriatur, illo non reuocato, tale teſtamentum ſuſtineri jure codicillorum & fideicommiſsi, virtute dictæ clauſulæ, vt conſtat per text. *in l.*1.*§. Sed filius,ff. de Leg.*3. & notauit Barthol. *vbi ſupra.*

633 Fit quartò, ſi teſtamentum rejiciatur ob ſuſpicionem falſitatis,vt quia aliqui ex teſtibus in eo adhibitis ei contradicunt, nihil ei prodeſſe clauſulam Codicillarem ad hoc vt ſuſtineatur jure codicillorum, vt bene cum Socin. aduertit Præetis, *d.ſolut.*11 *num* 3. Nam ſuſpicio de falſitate etiam codicillos vitiat, & inutiles reddit.

Fit vltimò, quanuis teſtamentum ſit 634
nullum ob defectum inſtitutionis,vt quia caret inſtitutione hæredis, qui defectus ipſam teſtamenti eſſentiam tollit; nihilominus valere poſſe jure codicillorum, ſi habeat clauſulam Codicillarem. Eſt reſolutio certiſsima. Nam ad valorem codicillorum non eſt neceſſaria inſtitutio hæredis, imò nec in illis fieri poteſt, *l. Diui*,6. *in princip l Quod per manus*,10. *ff.de Iure codicil § Codicillis autem,Inſt. de Codicillis, cum ſimil.* quas adduximus §. 1. *num.* 383. Quod tamen intellige, itaut ea inſtitutio valeat jure directo. Nam ſi hæres inſtituatur in codicillis nō erit omnino nulla inſtitutio, ſed obliquabitur,& valebit jure fideicommiſsi ex benigna interpretatione voluntatis teſtatoris, vt tenent omnes per *l. Scæuola,ff. Ad Trebel.*

DISPUTATIO III.

De Institutione hæredis.

SECTIO I.

Explicatur, quid sit Institutio hæredis.

SVMMARIVM.

Quid significet, instituere hæredem, *& vnde dicatur? num.*1.

*Traditur, & explicatur definitio Institutionis hæredis; num.*2.*& seqq.*

*Non potest instituere hæredem, qui testari non potest, etiamsi solùm habeat impotentiam de facto; num.*3.

*Eodem testamento possunt institui plures hæredes vniuersales: non autem plures in solidum, seu in totum jus defuncti; num.*4.

*In quo differat Institutio à Substitutione tam directa, quàm indirecta seu Fideicommissaria? num.*5.

Substitutio definitur, secunda institutio. ibid.

*Institutio indirecta solo nomine est Institutio, re ipsa autem, & quoad effectus est substitutio Fideicommissaria. Et talis est institutio facta in codicillis; num.*6.

Hæres necessariò succedit in vniuersum jus defuncti, & cur? num. 7. *Quod verum est, etiam quando quis solùm instituitur hæres in re certa, non dato cohærede vniuersali; num.*8.

POstulat doctrinæ, imò & naturæ ordo, vt postquam superiori disputatione egimus de solemnitatibus, quæ ad testamentum validè conficiendum requiruntur, dicamus in præsenti de institutione hæredis, quæ est propria forma substantialis ipsius testamenti: nam etiam in naturalibus postquam agens introducit qualitates ad generationem necessarias, statim nullâ interjectâ morâ ad ipsam formam substantialem inducendam procedit.

1 IN primis ergo, *hæredem instituere*, nihil aliud est, quam hæredem facere, seu creare. Attentâ namque ipsorum vocabulorũ naturâ, prout in jure, & à Jurisperitis accipiuntur, idem est *Institu-ere sibi hæredem*, atque intus, idest, eodem suo loco post mortem suam in omnibus suis bonis quem dominum statuere; nam qui hæres est, sic intrat in dominium substantiæ defuncti, vt vna & eadem persona censeatur cum illo, *Auth. de Iurejurando à morientibus præstito, in princip.* diciturque hæres ab *hero*, idest, domino, juxta §.*vlt. Inst. de Hæred. qualit. & differ*; ibi: *Pro hærede gerere, est pro domino gerere*: nam dominus etiam dicitur herus, *l. Item Mela*, 11. §. *Legis autem Aquiliæ, ff. Ad l. Aquiliam.* Sic præfata verba iuterpretatur Rolandinus *tract. de Testamentis, rubr.* 9. *num.* 5. *prout habetur tom.* 8. *tractatuum, fol. mihi,* 195. *verso.* Et quòd hęres dicatur ab hero, tenent etiam alij post Glos. *in dict.* §. *Legis autem Aquiliæ, vers. Hero*: quanuis non desint, qui credant hæredem dici ab hærendo, quòd proximus hæreat illi,

li, cujus hæreditatem intrat.

2 Attendendo autem ad ipsam rem, sic institutionem hæredis, definire possumus: *Est actus vltimæ voluntatis, quo is, qui potest testari, sibi eligit vnum, vel plures successores in primo gradu, qui ei succedant in vniuersum jus, quod tempore mortis habuerit.* Dicitur actus vltimæ voluntatis, quia hæres seclusis priuilegijs, non potest institui per actum inter viuos, sed solùm per vltimam voluntatem, eamque non quamcumque, sed per testamentum, vt *sect. seq.* ostenditur. Unde semper est reuocabilis ad libitum ipsius testatoris, cùm omnis vltima voluntas sit deambulatoria, & sic naturâ suâ reuocabilis, vsque ad vltimum vitæ spiritum, *l. 4. Aliàs 3. §. vlt. ff. de Adim. leg. l. Cùm hic status, 33. in princip. vers. Pænitentiam, ff. de Donat. inter vir. & vxor.*

3 Additur, *quo is qui potest testari.* Nam qui est intestabilis, hæredem instituere non potest: satisque est, quòd de facto habeat impotentiam testandi, ad hoc vt validam institutionem efficere non possit: nam cùm hæc solùm posit fieri testamento, quacumque ratione quis impediatur, ne testamentum facere possit, id sufficit, vt hæredem nequeat instituere. Id verò intellige, seclusis priuilegijs.

Subditur, *Sibi eligit vnum vel plures*

4 *successores.* Quia eodem testamento potest institui vnus, vel plures hæredes vniuersales vt constat ex toto ferme titulo, *ff. Inst. & Cod. de Hæred. instit.* Aduerte autem, licèt posint institui simul plures hæredes vniuersales, tamen non posse simul esse plures hæredes in totum jus, seu pro solido, vel in solidum, *l. Quod contra, 184. in fine, ff. de Regul. jur.* sicut non possunt esse simul plures domini in solidum respectu ejusdem rei, *l. Hæreditate, §. 1. ff. de Castren. pecul.* Esse autem plures hæredes vniuersales simul, ideo non repugnat, quia quælibet pars hæreditatis, in qua fuerint instituti, est quid vniuersum, seu jus vniuersale. Ita distinguit, & declarat Gloss. *in l. Nibil, 24. ff. de Reg. jur.*

5 Adjicitur, *in primo gradu*, ad distinctionem substitutionis, per quam etiam à testatore vocantur successores vniuersales, at nó primo loco, sed secundo; vt quãdo testator dicit, *Instituo hæredem Titium: si autem hæres non sit, instituo, vel substituo Sempronium:* in quo exemplo Titius vocatur ad hæreditatem per institutionem, Sempronius verò per substitutionem, seu per institutionem in secundo gradu. Unde substitutio definiri solet, *Secunda institutio*, vt tradit Glos. *in Rubr. ff. de Vulgari*, & ibi DD. Procedit autem assignatum discrimen non solum respectu substitutionis directæ, qualis est quæ in proposito exemplo continetur, sed etiam respectu Fideicommissariæ, seu indirectæ. Nam etiam substitutus fideicommissarius necessario supponit aliquẽ primo loco ad hæreditatem vocatum. In hoc tamen est differentia, quòd substitutio directa nulla alia ratione discriminatur ab institutione, nisi quod per hanc instituitur hæres in primo gradu, per illam verò in secundo. Substitutio autem Fideicommissaria, non solùm differt, quia per eam non vocatur successor in primo gradu, sed etiam quia non vocatur directè, sed indirectè, idest mediante alio, qui priùs hæreditatem acquirat, & illi restituat.

Aduerte autem, nos hìc loqui de institutione directa, quæ sola est propriè & 6
simpliciter institutio. Si verò loquamur de indirecta, qualis est, qua quis vocatur ad hæreditatem ipsi restituendam ab alio priùs tacitè ad illam vocato, hæc non differt à substitutione indirecta, nisi tantùm in eo quòd non supponit alium priùs expressè ad hæreditatem vocatum, sed solùm tacitè; substitutio verò indirecta alium priùs expressè vocatum supponit. Vnde institutio indirecta solo nomine est institutio, re ipsa autem & quoad effectus est substitutio Fideicommissaria; vt quando quis instituitur hæres in codicillis. In quo casu censentur vocari primo loco ad hæreditatem hæredes legitimi, seu ab intestato cum onere restituendi illi instituto, vt est communis omnium sẽtentia per tex. *in l. Scæuola, ff. Ad Trebel.* Ap-

7 Apponitur tandem particula, *Qui ei succedant in vniuersum jus*, &c. Quia institutio hæredis est titulus vniuersalis, quo hæreditas directè conceditur, & acquiritur: hæreditas autem est successio in vniuersum jus, quod defunctus habuit, *l. Nihil est aliud*, 24 *ff. de Verbor. signif. l. Hæreditas*, 63. *ff. de Regul. jur.* Quod etiam constat ea ratione, quia hæres repræsentat personam defuncti, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vsucap.* adeò, vt censeatur esse eadem persona cum illo. *Auth. de Inrejur. à morient. præst. in princ.* ergo omne jus, quod ad defunctum pertinebat, ad ipsum hæredem transeat necesse est: nec fieri potest, vt quis decedat pro parte testatus,& pro parte intestatus, seclusis priuilegijs.

8 Quamobrem si aliquis instituatur hæres in re certa, seu particulari, non dato cohærede vniuersali,de necessitate ex ipsa juris interpretatione, vel dispositione, talis institutio defert omnia bona, & jura defuncti; *l. 1. vers. Ex fundo, & l. Ex facto, ff. de Hæred. instit.* Si autem simul detur cohæres vniuersalis, tunc illa institutio solùm habet vicem legati vt sumitur, ex *d. l. Ex facto, juncta Glos.* ibi; *verbo, Si legatum, ff. de Hæred. instit. & ex l. Quoties*, 13. *Cod. eod. tit.* traduntque communiter DD. Et quod dictum est de instituto in re certa, locum similiter habet in instituto in quota bonorum,prout hæc omnia infra suo loco latiùs explicabuntur.

SECTIO II.

Vtrum institutio hæredis necessariò fieri debeat in testamento?

SUMMARIUM.

INstitutio hæredis solùm potest fieri in testamento; num. 9.

Hæres non potest institui pacto, secluso priuilegio; ibid.

Miles potest ex peculiari priuilegio instituere hæredem pacto, & quomodo id intelligatur? eod. num. 9.

Hæres non potest institui in codicillis, neque per donationem causa mortis; ibidem.

Non est idem, donare causâ mortis omnia bona præsentia, & futura, atque donare hæreditatem, & constituere hæredem. Et in quo hæc differant? num. 10.

Qui vendit hæreditatem, non censetur vendere res hæreditarias, & sic non præstat earum euictionem; ibid.

Bona alicujus intelliguntur, quæ supersunt post deductum æs alienum. Hæreditas verò complectitur omnem substantiam defuncti, ære alieno minime deducto; eod. num. 10.

Aliud est, relinqui alicui quotam bonorũ, aliud quotam hæreditatis; ibidem.

Aliquando bonorum appellatione vniuersitas,& jus successionis demonstratur, sicut appellatione hæreditatis. Et quando id procedat? num. 11.

Neque pars hæreditatis dari potest per donationem causâ mortis; ibid.

Quando hæreditas data esset donatione causâ mortis, erit ea donatio inualida in vim directæ institutionis; at valebit in vim fideicommissi, ex benigna interpretatione juris; num. 12.

Fauore causæ piæ valet pactum futuræ successionis, seu propriæ hæreditatis dandæ, quemadmodum ex militari priuilegio. Non valet autem simile pactum fauore filiorum; num. 13.

Institutio hæredis necessariò fieri debet in testamento, adeo vt sine illa testamentum non existat, & qui hæredem non instituit, intestatus decedat; n. 14.

Testamentum ad causas pias, & inter liberos valere absque hæredis institutione, multi sentiunt. Item validum esse testamentum,quando nullo hærede instituto,nominatus est à testatore executor vniuersalis, judicatum fuit in Lusitania. Et generaliter per leges Castellæ valet testamentum absque institutione hæredis; num. 15.

Quando in aliquibus casibus admittitur valere testamentum absque hæredis institutione, intelligitur valere in vim fideicommissi. Et tale est quando id ad-

admittitur fauore piæ causæ, num. 16.
Etiam inter liberos non valet testamentum carens institutione hæredis, num. 17. *Valet tamen in ratione codicilli, ob clausulam Codicillarem, quæ semper in testamento inter liberos intelligitur apposita, num.* 18.
Non valet etiam testamentum militis absque hæredis institutione: sustinebitur tamen in ratione codicilli ob clausulam Codicillarem in eo subintellectam. Et vtrùm in tali casu hæredes ab intestato succedentes, restituendo ejus bona ijs, quibus relicta sunt, possint deducere Falcidiam? num. 19.
Executor vniuersalis nominatus in testamento carente institutione hæredis, non habet vicem hæredis: nec tale testamentum valet nisi sit ad causas pias, num. 20.
Qua ratione per legem Castellæ valeat testamentum carens institutione hæredis? num. 21.

9 EX dictis præcedenti sect. facilis est responsio ad hanc quæstionem. Primo igitur dico, institutionem hæredis (intellige directam) solùm posse fieri in testamento. Ita Oldrad. *cons.* 139. *n.* 1. Molin. *lib.* 1. *de Primog. cap.* 14. *num.* 7. alter Molina, *disp.* 124. *num* 7. Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *cap.* 2. *num* 48. & cæteri communiter per *l. Hæreditas, C. de Pact. conuent.* vbi expressè deciditur, hæreditatem in testamento esse dandam. Cujus ea est ratio, quòd jura nolint aliter de hæreditate disponi, quàm solemnis testamēti formâ seruatâ. Confirmatur præterea à partium numeratione. Quia in primis hæres non potest institui pacto, secluso priuilegio, vt habetur, *l. Licèt, C. de Pact.* & patet ratione, quia institutio hæredis est suapte natura reuocabilis vsq; ad mortem instituentis: pactum autem, cùm sit actus inter viuos, est naturâ suâ irreuocabile. Vnde priuilegium quod in eadem, *l. Licèt*, militibus conceditur, vt inter eos valeat pactum mutuæ successionis, & sic quod pacto possint hęreditatem dare, & hæredem instituere, in hoc tantùm consistit, quòd pactum illud transeat in naturam vltimæ voluntatis ad nutum reuocabilis, & sic sustineatur tanquam vltima voluntas; quod non contingit in simili pacto inter alios celebrato, sed manet intra pacti limites, & sic non valet. Quam declarationem tradunt Barthol. Bald. Purpuratus *in d. l. Licèt*, & multi alij quos citat, & sequitur Sanch. *d. cap.* 2. *n.* 45. Non potest etiam institui hæres in codicillis, quibus directè nec dari, nec adimi hæreditas potest, *l.* 2. *C. de Codicil. §. vlt. Inst. eod. tit.* (quod intellige, secluso priuilegio militari, & alijs quibusdam casibus de quibus, *disp. præced. sect.* 10. *num.* 385. & 413.) Neque per donationem causâ mortis, qua etiam non potest hæreditas directè dari, vt cum Bartholo Paul. Castrens. Angel. Alciat. Alex. & alijs, *in d. l. Licèt*, tradit Sanch. *d. cap.* 2. *num.* 48. *per d. l. Hæreditas, Cod. de Pactis conuentis.* Et notat etiam Molin. *de Primogen. loco supra citato.* Superest ergo vt directa hęredis institutio solùm possit fieri in testamēto.

Non desunt tamen, qui putent valere 10
donationem causâ mortis, qua hæreditas donaretur. Ita sentit Decius *in d. l. Licèt num.* 10. & Andreas Fachineus, *lib.* 6. *controuer. q.* 95. quia donatio causâ mortis omnium bonorum præsentium & futurorum valida est, juxta communem sententiam: idem autem videtur esse donare omnia illa bona, atque donare hęreditatem; quia vt hęreditatis, sic & bonorum appellatio vniuersitatem, ac jus successionis demonstrat, vt dicitur *in l. Bonorum,* 208. *ff. de Verbor. signif.* At hoc fundamentum non conuincit, quia hæreditas propriè loquendo, est successio in jus vniuersum, quod defunctus habuit, *l. Nihil, ff. de Verbor. signif.* Unde hæreditas est nomen juris, id est, non significans res, sed jus successionis, *l. Hæreditatis,* 119. *ff. de Verbor. signif. & l. Pecunia,* 178. *ff. eodem*, vbi Glossa prima pulchrè ait, quòd vendita hæreditate, ipsum jus non res hæreditariæ videntur vendi; quamobrem non præstatur euictio. Item potiùs est repræsentatio personæ defuncti, quàm bonorum, vt notauit Anton. Gom.

in l. 3. Tauri, numer. 17. & tenent omnes. Hujusmodi autem successio, seu jus, quod nomine hæreditatis significatur, non venit singulariter appellatione bonorum, vt notauit Oldrad. *d. consl.* 139. *num.* 1. & 2. & ex eo Augustin. Barbos. *tractat. de Appellatiua verborum significatione, appellat.* 35. *num.* 6. Quod etiam attigit Glossa, *in l. Nam quod, §. fin. verbo, Bona, ff. Ad Trebel.* Bona enim propriè & naturaliter loquendo, intelliguntur quæ supersunt, deducto ære alieno, vt habetur, *l. Subsignatum,* 39. *vers. Bona, ff. de Verbor. signif.* Hæreditas autem complectitur omnem substantiam defuncti, ære alieno minimè deducto, cujus proinde soluendi onus secum defert, & in hæredem deuoluit, *l. 2. & l. vlt, Cod. de Hæredit. action.* & sæpe alibi. Quod etiam ea ratione fit, quia hæreditas, & hæres defunctum repræsentat, *l. Hæres, & hæreditas, ff. de Vsucapion.* Vnde pari modo tenetur creditoribus defuncti, sicut ille tenebatur. Et hinc ex omnium sententia, aliud est relinqui alicui quotam bonorum, aliud quotam hæreditatis. Licèt igitur admittamus, & verum sit, valere donationem causâ mortis, qua omnia bona præsentia & futura donantur, inde non sequitur validè etiam donari causâ mortis hæreditatem, cùm aliud sint bona, aliud hæreditas.

11 Neque obstat, *dict. l. Bonorum,* 208. *ff. de Verbor. signif.* vbi dicitur bonorum appellatione vniuersitatem, & jus successionis demonstrari; sicut appellatione hæreditatis. Nam id procedit in casibus specialibus, vbi ex juris interpretatione bona intelliguntur accipi pro hæreditate, vt quando aliquis in testamento diceret, *Relinquo mea bona Petro,* vt notat Oldradus *supra numer.* 2. per *leg. Diuus, ff. de Milit. testam. & leg. His verbis, in princip. ff. de Hæred. instit.* vbi etiam Glossa, *verbo, Dominus,* estque communis sententia. Item quando testator hæredem grauaret restituere bona, vt per *dict. l. Nam quod, §. vltim. ff. Ad Trebel.* vbi Glossa, *verbo, Bona,* & Glossa, *in dict. l. Bonorum,* quæ notat bonorum appellationem in tali acceptione non esse naturalem, sed ciuilem, idest, ex interpretatione juris Ciuilis; quæ interpretatio non habet locum, quando bona donantur causâ mortis, cùm ipsum jus Ciuile satis declaret, hæreditatem, & futuram successionem solùm dari testamento, vt constat ex dictis; ex quibus rejicienda etiam est quorumdam opinio, quos refert, & refellit Sanch. *supra,* existimantes valere donationem causâ mortis, qua pars hæreditatis donaretur. Eadem enim ratio est de parte, atque de tota hæreditate; siquidem etiam pars hæreditatis est successio in jus vniuersum defuncti, illumque proportionaliter repræsentat.

Nota verò, quamuis hæreditas non possit dari donatione causâ mortis, attamen talem donationem non esse simpliciter irritam, sed solùm non valere in vim directæ institutionis, seu prout hæreditas directò in ea relinquitur, ut pote quæ solo testamento dari potest: at valere in vim fideicommissi ex benigna juris interpretatione, quasi donator hæredem suum rogaret, vt quæ ex hæreditate consequeretur, donatario restitueret. Ita cum Alciato, Curtio seniore, & Matthæo Brescmbeteo, Sanch. *tom. 2. in Decal. lib. 7. cap. 2. numer.* 49. argument. *l. Ex facto,* 17. *in princip. & l. Scæuola,* 76. *ff. Ad Trebel.* vbi hoc ipsum statuitur, quando hæreditas datur codicillis, in quibus licèt non possit concedi hæreditas, tamen volunt illa jura, verba directa, quibus hæreditas in eis daretur, obliquari & trahi ad fideicommissum: eadem autem est ratio, quando hęreditas similiter daretur donatione causâ mortis, ex qua proinde teneretur hæres eam hæreditatem restituere, retentâ sibi quartâ Trebellianicâ, sicut eam deduceret ex fideicommisso. 12

Illud etiam notandum, priuilegium militum, cujus supra meminimus, quòd propriam hæreditatem pacto dare possint, locum etiam habere in causa pia, vt scilicet pactum futurę successionis, seu propriæ hæreditatis dandæ valeat fauore cau- 13

[illegible] valere [illegible] opinionem [illegible] num. 51 cum [illegible] Ratio [illegible], [illegible] fauore causæ piæ, quā [illegible] Jtionem [illegible] Codicill. tum [illegible] ctum valet fauore militis [illegible] non adstringuntur seruare [illegible] solemnitates jure [illegible] quæ ratio redditur *in d. l.* [illegible] priuilegium militibus [illegible] autem ratio militat [illegible], [illegible] etiam fauore causæ ju[illegible] in vltimis voluntatibus [illegible]. Igitur sicut in milite pactum [illegible] successione transit fauore militis in vltimam voluntatem reuocabilem [illegible] ad mortem, vt supra dictum est, ita [illegible] causa pia, seu fauore illius in[illegible] erit vt bene Bald. *in l. fin.* [illegible] *Cod. de Pact.* Alex. *consf.* 168. *n.* 7. Franc[illegible], Decius, & alij quos citat, & sequitur Sanch. *d. num.* 51. *fine.* Nec his obstat, quòd simile pactum non valet fauore filiorum, *l. Pactum quod dotali, C. de Pact.* cùm alioqui filiorum fauor videatur præferendus causæ piæ, juxta illud Augustini relatum *in cap. finali,* 16. *q.* 3. [illegible] *exhæredatis Ecclesiam vult* [illegible]*, alium quærat consultorem.* Hoc, inquam, non obstat; quia filiorum fauor solum quoad legitimam, quæ ipsis debita est, præfertur causæ piæ: extra illam verò animæ fauor, qui in expendendis ob causam piam versatur, præualet: *l. Sancimus, Cod. de Sacrosf. Eccles.*

14 Secundo principaliter dico, institutionem hæredis necessario fieri debere in testamento, adeo, vt sine illa testamentum non existat, & qui hæredem non instituit, intestatus decedat. Est resolutio de jure certa, vt constat ex §. *Ante hæredis institutionem, Inst. de Leg.* § *Inprimis, Inst. de Fideicommiss. hæredit. l. vltim. ff. de Iure codicil. l. Proximè, vers. Non potest, ff. de His quæ in testam. delentur,* & alijs juribus, quibus habetur, testamenta vim accipere ab hæredis institutione, eamque esse caput, & fundamentum [illegible] quo [illegible] subsistere non potest. Vnde hæredis institutio est simpliciter de [illegible], & essentia testamenti, vt omnes DD. [illegible] docent; quod etiam satis patet ex testamenti definitione, quam [illegible] ratio huius materiæ tradimus, in qua hæredis institutio ponitur tanquam differentia maximè propria, per quam testamentum à cæteris dispositionibus distinguitur. Et [illegible] possunt in hanc rem præter multos alios Jul. Clar. *lib.* 3. *sentent.* §. *Testamentum quæst.* 35. *numer* 2. *& quæst.* 37. *numer.* 1. Couar. *in Rubr. de Testament.* 1. *p. num.* 3. *ad finem,* Menchaca, *de Success. creat. lib.* 1. § 8. *num.* 2. *&* § 16. *in princ.* Mantica, *de Conject. vltim. volunt. lib.* 1. *tit* 6. *num.* 1. Anton Faber *de Errorib. pragmat. Decad* 36. *errore* 8. *numer.* 21. Pichardus *in d.* §. *Ante hæredis, num.* 1. *& in* §. *Sed cum paulatim, numer.* 36. vbi etiam Minsingerus, *num.* 11. *&* 12. *Inst. de Testam.* & Valasc. *consult.* 68. *numer.* 2. vbi plures refert, & traditam resolutionem probat, etiam spectato jure hujus Regni Lusitani.

In contrarium tamen videtur stare, 15 quod aliqua testamenta valent sine hæredis institutione, vt de testamento ad pias causas farentur communiter DD. & à nobis traditum est *disp. præced. sect.* 9. § 4. *num.* 341. & de testamento inter liberos hoc ipsum notauimus *eadem disput. sect.* 7. §. 5. *num.* 194. ex Glossa, *in Auth. Nouissima, Cod. de Inoffic. testam.* Valasc. *consult* 23. *num.* 3. *&* 4. & alijs quos refert per text. *in l. fin. Cod. Famil. ercifcund.* Quod similiter videtur dicendum de testamento militum, quibus jura amplissimè indulgent vt testentur quomodo velint, & quomodo possint, *l.* 1. *ff. de Milit. testament. cum similibus;* qua de re etiam diximus, *illa sect.* 7. §. 3. Item si quis nullo instituto hærede, nominauit vniuersalem executorem ad omnia sua bona distribuenda, tale testamentum valet, etiam citra fauorem causæ piæ, vt judicatum fuit in Senatu Lusitano, cujus decisionem refert Valasc. *dict. consult.* 68. *numer.* 3. & probari potest *ex*

[illegible] *tibi, de Testamentis*, vbi qui suam voluntatem in alterius dispositionem [illegible] committit, dicitur non videri decedere intestatus. Tandem in Castella valet testamentum absque vlla hæredis institutione, vt constat *ex l. 1. tit. 4. lib. 5. Nouæ recopilationis*, & DD. omnes fatentur. Vnde jam damus valere testamentum sine hæredis institutione, & consequenter hanc non esse de essentia testamenti.

16 Persistendum nihilominus est in resolutione supra tradita, quæ verissima est; & ad exempla in contrarium adducta dicendum generaliter est, si qua vocata testamenta sine hæredis institutione valent, ea non esse propria testamenta, neque in vim testamenti valere, sed in vim codicillorum, vt ab hæredibus ab intestato impleri debeant. Descendendo autem ad singula, quæ objecta sunt pro testamẽtò ad causas pias, admitto, illud valere sine hæredis institutione: at solùm valere in ratione codicilli, seu fideicommissi, quod ab hæredibus ab intestato impleri debet. Vnde in testamento ad pias [illegible]sas intelligitur semper apposita clausula Codicillaris, vt ex Baldo, & Socino aduertit Mantica, *lib. 1. de Conject. vltim. vol. tit. 9. num. 6.*

17 Quod vero attinet ad testamentum inter liberos, communior DD. sententia est, illud non valere absque institutione hæredis, vt videre est apud Valasc. *dict. consult.* 23. *num.* 2. vbi plurimos pro hac sententia refert; inter quos eam vt simpliciter communem, & ab omnibus fere receptam sequuntur Guillelmus Bened. *in cap. Raynutius, verbo, In eodem testamento reliquit*, 1. *num.* 132 *de Testamentis*, Couar. *ibidem*, §. 1. *num* 3 & Anton Gom *in l. 3. Tauri, num.* 57 qui plures adducunt; q[illegible] ad[illegible] Menchacam *de Success. creat* [illegible] § [illegible] *num.* 49. [illegible] 9. vbi [illegible] nullam in hoc esse dubitationem. Potissima ratio, qua aliqui [illegible]untur, est, quia licet jure concessum sit, vt inter filios valeat testamentum imperfectum [illegible] *consultissima, § Ex imperfecto, C. de Testam.* hoc intelligitur de testamento imperfecto quoad [illegible] & [illegible] non autem [illegible] ordinatio, [illegible] ductum est, [illegible] ferendo illis [illegible] tutionis, *cõtra l.* [illegible] Mihi vero [illegible] est, quia institutio [illegible] testamenti, & nihil [illegible] potest esse, aut [illegible] *in l. fin. C. Famil. ercisc.* [illegible] sententia maxime nititur, [illegible] dicitur, *Siue cæptum, neque im[illegible]um testamentum, vel codicillus, seu ep[illegible] parentis esse memoretur, siue quocum[illegible] modo scripturæ inueniatur relictæ, [illegible] familiæ erciscundæ defuncti d[illegible] custodiatur.* Hinc enim solum [illegible] quodlibet testamentum, vel codicillum etiam imperfectum quoad sol[illegible], valere inter liberos, si de illo [illegible] appareat, non autem valere, [illegible] vim testamenti vllam patris dispositi[illegible] quæ hæredis institutione careat.

Ver[illegible] est a[illegible] quod licet vo[illegible] testamentum inter liberos hæredis institutione carens sit nullum, atq; adeo filii ex tali testamento in hæreditatem non succedant, sed solùm ab intestato, & pro partibus æqualibus: attamen tenentur aliunde illud implere in ratione codicilli, propter clausulam Codicillarem, quæ subintelligitur apposita in testamento inter liberos, ex Gloss. *in l. Cohæredi, §. Cum filiæ, verbo, Non valet, ff. de Vulgari*, & comuniorem [illegible], quam relatis alijs sequũtur Ant. Gom. *in l. 3. Tauri, n.* 62. *&* 74. Couar *in c. Raynutius, §. 1. n. 2. & 4. de Testam* Emman. à Costa *in c. Si pater, p 3 verbo, Interdum, n.* 80. Mantic. *de Conject lib. 1. tit. 9. num.* 5 Valasc. *d. consult.* 23 *num. 3. fin.* & Molin *disp.* 132. *num.* 4. & dictum à nobis est *disp. præced. sect. vltim. §. 9. n.* 548. semper tamen cuilibet filio debet manere salua legitima, vt patet ex *l. Si cogitatione, 21. juncta Gloßa, in propositione casus, Cod. Famil. ercisc.* & tenent omnes. 18

19 De testamento militis dic[illegible] similiter est, quamuis sit valde priuilegiatum, vt

vt vidimus *disp*.1 *sect*.6.§.3.attamen omnia ejus priuilegia sistere in eo quòd valeat absque accidentalibus juris solemnitatibus, minimè remissâ hæredis institutione vt satis conuincitur *ex l. Lucius, cum leg. sequenti, ff. de Milit. testam* quatenus ibi dicitur, tunc censeri milites nuncupatiuè testari, ipsorumque voluntatem ratam habendam esse pro testamēto Nuncupatiuo, quando conuocatis testibus, coram illis declarauerint, quem, vel quos vellent sibi hæredes facere. Ratio est eadem, quæ in prædictis assignata est, quia scilicet hæredis institutio est de intrinseca ratione testamenti: qua sublata ipsum etiam testamentum per locum intrinsecum tollitur. Licèt autem sine hæredis institutione vocatum testamentum Militare non valeat vt testamentum, sustinetur tamen vt codicillus, propter clausulam Codicillarem, quæ in Militari testamento subintelligitur, vt tradunt Mantica, *de Conject. lib*, 1. *tit*. 9. *num*.4. *& lib*.6.*tit*.1.*num*.31. Anton. Gom. *in l.* 3.*Tauri, num*.62. Couar. *in cap. Raynutius*, §.1.*num*.2. Emman. à Costa, *in cap. Si pater, p*. 3. *verbo, Interdum, num*. 80. Mol. *disp*.132. *num*. 4. & alij per text. *in l*.3 *ff. de Milit. testam.* vbi etiam Barthol. Alberic. Bald. & alij. Vnde si miles per vltimam voluntatem disponat, non instituendo hæredem, tenebuntur ejus hæredes ab intestato restituere illis, in quorum fauorem disposuit, omnia eis relicta: nec videtur posse ex illis deduci Falcidia, juxta communem sententiam, quæ tenet, Falcidiam cessare in testamento militis, vt per multa jura, & pluribus relatis DD. tradit Carualho *in cap. Raynaldus, p*. 2. *num*. 19. Nam si hæredi scripto prohibetur detractio Falcidiæ ex relictis per militem, à fortiori videtur prohibita succedenti ab intestato. Quod maximè procedit in sententia ejusdem Carualho *p*.1.*num*. 547. vbi latè probat Falcidiam, & Trebellianicam solùm deduci ex causa testati. Quod an verum sit, alibi discutiendum est.

20 Ad illud exemplum, quòd affertur ex testamento, in quo nullo hærede instituto, fuit nominatus executor vniuersalis, dicimus, hoc exemplum non obstare nostræ resolutioni; siquidem illud testamentum non sustinetur alia ratione, vt testamentum, nisi quatenus talis executor locum habere dicitur hæredis vniuersalis: vnde potiùs nostram resolutionem confirmat, quæ tenet sine hæredis institutione testamentum non subsistere. Addo tamen, neque de jure, neque ex DD. illum executorem vniuersalem haberi loco hæredis, nisi tantùm in testamento ad pias causas, vbi relinquitur hæres ipsa anima defuncti; vel Christi pauperes, quorum gratiâ pro implendo testamento ille executor nominatur, vt eruditè probat Valasc. *consult*.68.*num*.4. Vnde in testamentis ad profana id admitti non debet. Et ita hanc sententiam tenet idem Valasc. *supra ex d. num*. 4. *& consult*. 165. *num*. 5. & Mol. *disp*. 248. *numer*. 1. *&* 2. Nosque latiùs probauimus, *disp. præced. sect. vltim. num*.408. Cui etiam consentit Gama, *decis*. 196. vbi probat, & judicatum esse affirmat, tam in inferiori, quàm in supremo Senatu hujus Regni, fuisse nullum quoddam testamentum, eo quod non fuerit in eo datus hæres vniuersalis, licèt fuerit relictus vniuersalis executor; cui decisioni potiùs standum est, quàm illi alteri relatæ à Valasco, qua in eodem Senatu contrarium fuit judicatum. Neque obstat *d. cap. Cum tibi, de Testam.* quia juxta communem intellectum, intelligitur de testamento ad pias causas, quod valet etiam quando testator suam voluntatem alterius dispositioni committit, vt ex communi tradidimus, & declarauimus *d. disp. præced. sect*. 9. *n*. 341.

Quòd tandem opponitur ex lege Cas- 21
tellæ per quam in eo Regno validum sit testamentum absque hæredis institutione, nullius momenti est; quia per eam legem solùm fuit introductum, vt relicta per vltimam voluntatem, qua hæres non institueretur, valerent in ratione legati vel fideicommissi, quod hæres ab intestato præstare teneretur, vt notat Molin. *disputat*. 124. *num*. 11. & supponunt apertè Anton. Gom.

in l.24. Tauri, sub num. 1. *vers. Quartò, & principaliter,* & alter Mol. *de Primogen. lib.* 2.*cap.* 8. *sub num.* 34. *vers. Vltimò autem,* dum aiunt, quòd per illam legem non requiritur hæredis institutio ad valorem legatorum, seu fideicommissorum, & apertiùs Azeuedus, *supra d. l.* 1. *num.*160. vbi ait, quòd in casu illius legis habet hæreditatem ille qui de jure debet succedere, idest, hæres legitimus, seu ab intestato: vnde in rigore per eam legem solùm effectum est, vt testamentum carens institutione hæredis haberet vim codicilli, non autem quòd esset verum testamentum. Addo præterea, non pugnare cum nostra resolutione, quòd per legem, aut legitimam consuetudinem introduci possit peculiaris quædam species vltimæ voluntatis, qua sine vlla hæredis institutione res defuncti directè conferantur personis ab eo nominatis, quemadmodũ hæreditas datur per testamentum; itaut quoad hoc conueniat cum vero testaméto, & differat quatenus propriam hæredis institutionem non includit.

SECTIO III.

Quibus verbis, vel signis fieri possit, & debeat hæredis institutio?

SUMMARIUM.

INstitutio hæredis potest fieri quibuscumque verbis, & quocumque loquendi genere, ac dicendi forma, si modo per eam liqueat testatoris intentio. Neque ad hunc effectum debent verba accipi strictè, sed potiùs latè, & benignè sunt interpretanda in fauorem institutionis; num.22.

*Assignantur plura exempla, & casus, in quibus ex benigna interpretatione verborum intelligitur fieri institutio hæredis; num.*23.

*Verba, quibus successio in bonis defertur, quædam dicuntur directa & ciuilia; quædam indirecta vel obliqua; quædam communia; & quænam illa sint? num.*24.

*Dispositio testatoris facta per verba directa, seu ciuilia, semper continet institutionem hæredis, nisi ex alijs verbis adjunctis obliquentur: & quando contingat ea obliquari? num.*25.

Si dispositio fiat per verba obliqua non continet institutionem hæredis, sed legatum, vel fideicommissum, nisi ex adjunctis liqueat, intentionem testatoris esse hæredem instituere; num. 26.

Vtrum per verbum, Lego, *adjunctum vniuersitati bonorum, nullo alio hærede instituto inducatur hæredis institutio? Vt quando testator diceret,* Lego omnia mea bona Petro? *eod. numer.*26.

Per verbum commune adjectum vniuersitati bonorum inducitur institutio hæredis, vt quando diseretur; Relinquo omnia mea bona Titio. *Id verò intelligitur, nisi sit alius institutus hæres vniuersalis per verba directa, quòd tunc per illud verbum commune solùm videatur induci fideicommissũ; num.*27.

Quando testator post particularia relicta in testamento dicit, quod relinquit Petro cętera bona, vel residuum bonorũ, *per talia verba inducitur institutio hæredis; num.*28.

Quid si testator dicat, Relinquo omnia mea bona mobilia, & immobilia Petro? *num.*29.

Quando testator diceret, Relinquo tali personæ omnia mea bona, vel cætera mea bona, vbicumque sita, & posita sint, *non inducitur institutio hæredis; num.*30.

Quando per verbum, Relinquo, *vel aliud commune, testator alicui relinquit quotam bonorum, non inducitur institutio, etiam si aliàs non detur hæres vniuersalis. Secùs, si relinquat quotam hæreditatis; eod. num.* 30. *Videtur tamen quòd in praxi pro eodem accipietur quota bonorum, atque quota hæreditatis; ibid.*

Vtrum per verbum, Relinquo, *adjectum rebus certis, vel quotæ bonorum, inducatur institutio, quando illud verbum refer-*

refertur ad personas, quæ sunt necessariò instituendæ, vt testamentum valeat; vt quando pater relinquit filio legitimam, vel dotem? num. 31.

Ad legitimam hæredis institutionem non requiritur, quòd hæres proprio nomine exprimatur à testatore, sed sufficit, quòd certo signo demonstretur. Et apponuntur aliqua exempla; num. 32.

Satis est, quòd hæres institutus in testamento declaretur in codicillis; n. 33.

Potest fieri institutio, dicendo in testamento, quod sit hæres qui reperietur scriptus in schedula in tali loco, vel apud talem personam depositâ; n. 34.

Valet institutio, quando seruatis aliàs necessarijs solemnitatibus, testator dicit, Instituo eum, quem nominabit Petrus, cum quo priuatim communicaui, quem volo esse meum hæredem. Oportet autem, vt Petrus illum postea declaret cum juramento; num. 35.

Institutio hæredis potest fieri respondendo vno verbo ad interrogationem alterius: vt si interrogatus testator: Instituis Petrum hæredem? respondeat, Sic, aut quid simile. Et vtrùm oporteat, vt ejusmodi interrogatio fiat per tabellionem, vel sufficiat per priuatam personam, etiam per ipsum instituendum, & absente tabellione? numer. 36. & seq. Semper autem requiritur, quòd absit omnis suspicio fraudis, timoris, & importunæ suggestionis: & quòd constet de sana mente testatoris; num. 37.

Institutio hæredis debet fieri voce, aut scripto, & non sufficit, quòd fiat per nutum; num. 38. Fallit hoc in testamento ad pias causas; num. 39.

Etiam in testamento inter liberos, & militari, fieri nequit institutio per nutus; ibid.

In terris Ecclesiæ valet testamentum solo nutu factum; num. 40.

Valet institutio per nutum, si testator priùs dixerat, quod volebat instituere talem, & talem; eod. num. 40.

Valet etiam institutio facta per nutum, quando testamentum priùs fuit dictatum, vel scriptum per testatorem; ibid.

Valet institutio per nutum facta, quando testator simul adhibuit verbum, Sic, licet cum difficultate potuerit percipi, nec fuerit bene intellectum; num. 41.

Institutio cum clausula Codicillari potest fieri per nutum, & tunc valet jure fideicommissi; num. 42.

Fideicommissa possunt fieri per nutum; ibid. Idque siue testator tunc potuerit loqui, siue non, dummodo non sit surdus, & mutus per naturam; num. 43.

Si testator per nutum assentiatur interrogationi verbis directis factæ vt, Instituis Petrum? Vel similibus, ea dispositio non valet, etiam vt fideicommissum. si autem fuit interrogatus verbis communibus vt Relinquis tua bona Petro? Valet vt fideicommissum; numer. 44.

Institutio hæredis debet fieri verbis dispositiuis, nec sufficiunt enunciatiua. Et quæ sint verba dispositiua, & quæ enunciatiua? num. 45. & seqq.

Fideicommissum, & exhæredatio, etiam verbis enunciatiuis inducitur; numer. 46.

Fauore piæ causæ sufficiunt verba enunciatiua ad inducendam institutionem Et quid in testamento militis, & inter liberos? num. 48.

Vtrum inducatur institutio, si testator solùm dicat, Volo instituere Titium hæredem? Respond. cum distinctione. Et quando pars affirmatiua locum habeat? num. 49. & seqq.

22 HAc in re constat primò, institutionem hæredis fieri posse quibuscunque verbis, & quocumque loquendi genere, ac dicendi formâ, si modo per eam liqueat testatoris intentio. Sic habetur *in l. Quoniam indignum*, 15. *Cod. de Testament.* Neque oportet ad hunc effectum accipi verba strictè, sed possunt, & debent accipi latè, ac secundùm benignam interpretationem, itaut fauore institutionis recedendum etiam sit à propria significatione, vt cum Jasone tradit Mantica, *lib. 4. de Conjectur. vlt. volunt. tit. 3. num. 1*, siquidem in eo quòd testamen-

mentum valeat, ad quod hæredis institutio necessaria est, publica etiam vtilitas versatur. *l. Gallus*, §. *Quid si is*, *junctâ Glossâ*, *verbo*, *Vtilitatem*, *ff. de Liberis*, *& posthumis*, *l. Vel negare*, *ff. Quemadmodum testamenta aperiantur*, & generaliter hæredis institutio, tanquam fauorabilis, benigna interpretatione adjuuari debeat, *l. Cùm quidam*, *& l. Placet*, & ibi Bartholus, *ff. de Liberis*, *& posthumis*; adeo vt verba testatoris semper quoad fieri possit accipienda sint, vt institutio valeat, nisi in tali acceptione magna testatoris stultitia admittatur, *l. vlt. Cod. de Hæredib. instit.*

23 Ex quibus infert idem Mantica, *num.* 4. cum Baldo, Imola, & Aretino, si testator, nullo hærede aliàs instituto, jussit fieri monasterium ex omnibus suis bonis, intelligi ex benigna interpretatione instituisse ipsum monasterium. Infert præterea, *num.* 5. intelligi etiam factam hæredis institutionem, si in testamento post legata, ita scriptum sit; *In omnibus autem alijs bonis mobilibus*, *& immobilibus*, *Titius*, quia subintelligitur, *hæres esto*. Idemque tenent plures alij, quos refert. Infert vlteriùs, *num.* 8. cum Baldo, & Jasone, si testator dicat. *Constituo Titium legatarium in bonis meis*, intelligi constituere illum hæredem vniuersalem. Item *num.* 15. infert cum Oldrado, si testator, pluribus legatis relictis dixerit: *In cæteris autem bonis Titium hæredem instituo*, talem institutionem non debere intelligi particularem factam ex rebus certis, sed vniuersalem. Et similiter, si testator relinquat plura legata, & postea hæredem vniuersalem instituat, præterquam in dictis legatis, adhuc legata includi in ipsa institutione vniuersali, & accipi debere de manu hæredis. Quod etiam sentit Baldus per text. *in l. Si ita quis*, *in princip. ff. de Hæredib. instit.*

24 Vt autem prædicta, & quæ postea dicemus, meliùs percipiantur, vsuique accommodentur, notandum est diligenter, verba quibus testatores bona sua relinquunt, esse in triplici differentia. Quædam enim significant propriè, ac determinatè institutionem, & successionem directam in bonis testatoris, quæ verba dicuntur ciuilia, & directa, vt quando testator dicit: *Instituo Petrum hæredem bonorum meorum*, vel, *Sit Petrus meus hæres*, vel, *Instituo Petrum*, *& similia*, quibus successio defertur immediatè honorato, itaut possit bona defuncti capere propria auctoritate, & citra alterius manum, & operam. Alia significant propriè, ac determinatè successionem indirectam: vt *Dentur*, vel *Restituantur talia bona Petro*, vel, *Lego Petro tantum*, vel *Mãdo vt Paulus restituat hæreditatem*, vel, *talia bona Petro*, & similia requirentia ministerium alterius, de cujus manu accipiat honoratus bona sibi relicta. Quæ verba dicuntur indirecta, & obliqua. Alia denique sunt de se indifferentia ad significandam successionem directam, & indirectã; vt *Relinquo*, *Succedat*, *Obtineat*, &c. Vnde hæc verba dicuntur communia. Qua de re videri possunt Barth. *in l. Centurio*, *num.* 43. *& seqq.* Simon de Prætis, *de Interpret. vlt. volunt. lib.* 3. *interpret.* 2. *dub.* 1. *solut.* 2. *à princip.* Peregrin. *de Fideicommiss. art.* 34. *numer.* 49. Trentacinq. *de Substitut. p.* 4. *cap.* 4. qui latissimè, & magna cum eruditione ad plurima particularia descendit. Tiraquel. *in l. Si vnquam*, *verbo*, *Reuertatur*, *à numer.* 8. vbi disputat, an verbum, *Reuertatur*, sit directum, vel commune. Couar. *in cap. Raynutius*, § 9. *à num.* 4. *de Testament.* Molin. Jurista, *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 14. *à num.* 2. & Molin. Theol. *disp.* 155. *à num.* 7. Vide etiam quæ dico *disp.* 4. *num.* 497.

Si ergo testator relinquat alicui sua bona per verba ciuilia, quocumque modo talia verba concipiat, ea dispositio continet veram & formalem institutionem hæredis, juxta *d. l. Quoniam indignum*, *Cod. de Testament.* Unde omnia fere corollaria, quæ superiùs ex Mantica adjecta sunt, procedunt ex eo quòd in forma illorum relictorum interuenit aliquod verbum ciuile, vt, *Instituo*, *Hæres esto*, vel aliud simile. Intellige verò hanc traditionem, nisi illa verba ex alijs adjunctis obli- 25

[illegible]mentur, vt fiet, si adjiciatur verba [illegible] in [illegible] requirentia, quia [illegible] est verbum tam directum, quod [illegible] adjectionem non obliquetur, [illegible] rtit Molina Jurista *d. cap. 14. n[illegible] 4. [illegible] Ex facto, in princip ff. Ad [illegible]* & communem.

26 Si vero dispositio fiat per verba obliqua, contraria regula statuenda est, scilicet, non contineri in tali dispositione institutionem hæredis, sed legatum vel fideicommissum. Quod similiter intelligendum est, nisi ex adjunctis liqueat, intentionem testatoris fuisse, hæredem instituere, quia ad legitimam institutionem non requiruntur certa aliqua verba, sed quælibet [illegible] ex quibus liqueat testatoris intentio, vt habetur *d. l. Quoniam in d. num.*; & ita [illegible] relatis alijs Ant. Gom. *tom. 1 Var. [illegible] cap. 10 sub num. 12. vers. Ex quo infertur*, & Molin Theol. *d. d. p. 155. num. 9* Unde dicunt, quod licet verbum, *Lego*, sit ex se obliquum, tamen si adjiciatur vniuersitati bonorum, non [illegible] alio hærede vniuersali, inducit institutionem directam, vt quando testator [illegible] et, *Lego omnia mea bona Petro*, [illegible] etiam tenent Guillielmus Bened. *in [illegible] verbo, Reliquit, num. 3* [illegible] Couar. *in cap. Raynaldus, § 1. n[illegible] 5 de Testam.* quos ipse per eum [illegible] quitur, addendo tamen cum [illegible], tunc per verbum, *Lego*, additum vniuersitati bonorum, non instituto [illegible] hærede, induci hæredis institutionem, [illegible] testamentum non valeret. Qua ratione intendit conciliare sententiam Bartholi, & aliorum quos refert, qui absolute negant induci institutionem per verbum, *Lego*, etiam adjecto vniuersitati bonorum, & nullo alio hærede instituto: quam sententiam ipse Couar. dicit receptiorem, eamque sequitur Bened. Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. p. 5. in princip. num. 14.* Prior tamen sententia saltem vt a Couar. astruitur, mihi magis probatur, quia est benignior, & videtur juri conformior.

27 Quando autem testator disposuerit per verba communia, vt *Relinquo*, & similia, regula est, si tale verbum adjiciatur vniuersitati bonorum, institutionem inducere, vt videre est apud Jul. Clar. *§. de Testament. q. 38. num. 12.* Col[illegible] *in cap. Si pater, 1 p. Verbo, Bonis su[illegible] numer. 14.* Valasc. *consult. 165. num. 4* Manticam, *de Tacit. & ambig. conuentionibus, lib. 12 tit. 6. num. 12.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 141 num. 7.* Benedict. Ægyd. *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. p. 5 in princip. num. 14* Reynos. *Obseruat. 20. num. 5.* & Phębum, *2. p. decis. 137. numer. 24.* Qui omnes tradunt, & approbant, vt communiter receptum, quod per verbum, *Relinquo*, adjunctum vniuersitati bonorum inducitur institutio hæredis; ad quod est text. *in cap. Raynutius, de Testam* ibi: *Cætera autem bona Adjectæ filiæ meæ relinquo, & in l. Diuus. vers. Cæterum, ff. de Milit. testam. & in §. Planè, vers. Cæterum, Inst. eod. tit.* in quibus duobus vltimis textibus pro eodem ponitur, siquis dicat, *Te hæredem facio*, vel *Bona mea tibi relinquo.* Hanc vero regulam intelligunt, & limitant Glossa *in l. His verbis. in princip. verbo, Dominus, ff. de Hæred. instit.* Guillielmus Bened. *in d. cap. Raynutius, verbo, Reliquit, num. 2. de Testam.* & alij, vt procedat, nisi sit alius institutus hæres vniuersalis per verba directa, quod tunc per verbum, *Relinquo*, quo alteri bona relinquerentur, solùm videatur induci fideicommissum, vt in dict. Glossa notatur, & tenet Joan. de Imol. *in l. 1. §. Si ex fundo, col. 15. ff. de Hæred. instit.* & Salic. *in l. fin num. 6. Cod. Famil. ercisc.* per *l. Nam quod, § fin. cum l. seq ff Ad Trebel.*

Hinc colliges, quando quis post particularia relicta in testamento dixerit, quod *Relinquit cætera bona Petro*, per illud verbum, *Relinquo*, induci institutionem, vt sentit Joan. de Imola, *in d. l. 1. § Si ex fundo, col. 16. in princip. & in 2. lect. col. 6. in med. ff. de Hæred. instit. per l. Cæterorum, ff. de Verbor signif.* Costa, *supra*, per text. *in d. c. Raynutius*, & Bened. Ægyd. *d. numer. 14.* & idem est si testator dicat, quod *Relinquit residuum Petro*, vt notat idem Ægydius; quia etiam per commemo- 28

morationem residui vniuersitas denotatur, *l.* 2. *Cod. de Hæredib. instit.*

29 Sit testator ita disponat, *Relinquo omnia bona mobilia, & immobilia Petro,* credit Guillielm. Bened. *in d. cap. Raynutius, verbo, Cætera bona, num.* 8. quod etiam per hunc dicendi modum inducitur institutio, quasi appellatione bonorũ mobilium & immobilium, adjecto signo vniuersali, *Omnia*, comprehendantur, etiam jura, & actiones, & ita significetur vniuersitas, cui adjectum verbum, *Relinquo*, institutionem inducit. sequitur Couar. ... *cap. Relatum,* 2. *de Testamentis,* dicens se applaudere huic opinioni, ob communem vsum loquendi, secundum quem jam fere receptum est, quod hæc clausula, *Omnia bona mea mobilia, & immobilia,* ex mente contrahentium ad jura, & actiones extendatur. Oppositum nihilominus tuetur latè Costa, *in d. cap. Si pater,* 1. *p verbo, Bonis suis, à num.* 2. ob contrariam rationem, quod scilicet per bona mobilia & immobilia etiam adjecto signo vniuersali, *Omnia*, non comprehendantur jura, & actiones, vtpote quæ distinctam speciem constituunt, *l. à Diuo Pio, § In venditione, ff. de Re judic. l. Quam Tuberonis, §. In peculio, ff. de Peculio,* & sic non denotetur vniuersitas, prout necessarium erat ad hoc vt verbum, *Relinquo,* ei adjectum institutionem induceret. Quæ sententia videtur communis, teste eodem Costa, *num* 4. vbi affirmat communiter receptum esse, quòd in testamentis, in quibus testantium voluntates pleniùs interpretandæ sunt, dictio, *Omnia,* adjuncta bonis mobilibus, & immobilibus efficere non potest, vt veniant jura, & actiones; & pro hac traditione refert Bartholum, & alios. Cæterum prior sententia mihi magis arridet ex benigna interpretatione, quod testator dicendo, *Omnia mea bona mobilia, & immobilia,* intelligi potest voluisse comprehendere etiam jura, & actiones, vt consuetudine videtur receptum.

30 Quando autem testator diceret, *Omnia bona mea,* vel *Cætera mea bona vbicumque sita, & posita sint, relinquo tali personæ,* tunc magis credo ... Costa, *num* 14. contra Guil. ... *vbi supra,* non induci institutionem ... per bona vbicumque sita, nec ... tur jura, sed tantum res corporales ... solæ locum, & situm habere possunt ... quando per verbum, *Relinquo,* ... commune testator alicui relinquere ... tam bonorum, vt tertiam, vel quartam partem, non induci creditur institutio, etiam non dato aliàs hærede vniuersali, vt cum Barth. & alijs tradit Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 10. *num.* 12 quia quota bonorum censetur res certa, vt docet Barthol. communiter receptus in *l. Si quis seruum, §. Si cui certum, num* 4 *ff de Leg.* 2. Couar. *lib.* 2. *Variar. cap.* 18. *num.* 9. Emman. à Costa, *in cap. Si pater,* 2. *p. verbo, Subsequenter, num.* 24. Reynosus, *obseruat.* 20. *num.* 3. & alij. quando autem per verbum commune, vel obliquum testator alicui relinquit rem certam, ... trahitur ad institutionem ... detur hæres ... vt præter A... Gom. *supra,* ... Gregor. L... *tit.* 3 *part it.* 6. *verbo, Todos los bienes, ... gè post medium,* Molin. *disp.* 155. ... 6. & alij apud Gregor. Lop. & Anton. Gom. per text. *in l. Cogi,* aliàs, *Apud Iulianum, in princip. vers. Et generaliter, ff. Ad Trebellian.* Aliud vero erit de quota hæreditatis: hæc enim trahitur ad vniuersum, vt notat Gregor. Lop. *supra,* cum Glossa Bartholo, & DD. *in l. Col... § fin. ff. de Hæred. instit.* Et facit ... notata per Molin. Juristam, *lib.* 1. *de Primogen cap.* 10 *a num.* 5. & Reynos. *d. obseruat.* 20. *a num.* 6. vbi tradunt plura discrimina inter casum, quo alicui relinquitur quota bonorum, & quo relinquitur, vel etiam legatur, quota hæreditatis. Videtur tamen, quod hodie in praxi pro eodem accipiatur, relinquere quotam bonorum, atque quotam hæreditatis; cum testatores communiter sint idiotæ, & nesciant inter hæc distinguere. Ita ... Valasc *conf.* 110. *num.* 14. C... institutio inducatur per verbum *Relinquo,* vel aliud commune ... quota hæreditatis? non satis ... constat.

&

& quid potiùs videatur trademus *infra sect.* 11. §. 3.

31 Vtrum saltem, quando verbum, *Relinquo*, refertur ad personas, quæ necessario sunt instituendæ ad hoc vt testamentum valeat, vt ad filios, vel nepotes, institutionem inducat, licèt sit adjectum rebus certis, vel quotæ bonorum, vt quando pater relinquit filio legitimam, vel dotem? Affirmant nonnulli vt Castrensis *in l. Humanitatis, num.* 3. *Cod. de Impuber. & alijs substitutionib.* Mantica, *de Conject. vltim. volunt. lib.* 4 *tit.* 3. *numer.* 22. *& seqq.* qui etiam *num.* 28. cum Raphaele Cumano tradit, quòd verbum, *Habeat*, in filio habet intellectum institutionis: Jul. Clar. *§. Testamentum, q.* 28. *num.* 11. *&* 12. Pro qua sententia adducitur text. *in cap. Raynutius*, vbi Abbas, *num.* 3. & alij de *Testam.* Alij verò negant vt Couar *in d. cap. Raynutius*, §. 1. *num.* 5. *&* 6. Menchaca, *de Success. creat.* §. 19 *num* 8. & Costa, *in cap. Si pater*, 1. *p. verb. Bonis suis, num.* 14. & alij quos referunt, per text. *in Auth. Vt cum de appellatione cognoscitur*, §. *Aliud quoque capitulum, collat.* 8. vbi sancitur filium esse instituendum, nec sat esse ei aliquid relinqui: quam sententiam veriorem esse de rigore juris credit Jul. Clar. *supra.* Hac tamen de re alibi latiùs agendum est.

32 Secundò principaliter constat, ad legitimam, & validam hæredis institutionem non oportere, quòd hæres proprio nomine exprimatur à testatore, sed sufficere quòd certo signo demonstretur. Ita habetur, *l. Quoties*, §. *Siquis nomen, ff. de Hæredib. instit.* estque apud omnes constans. Quare rectè potest nuncupari hæres dicendo: *Hic mihi hæres esto*, cùm sit coram qui ostenditur, *l. Nemo dubitat, ff. de Hæredibus instit* Item fratres possunt institui nomine appellatiuo, licèt proprium eorum nomen taceatur, *d. l. Quoties*, §. 1. *cum seq. & l. Interdum, in princip. ff. eod. tit.* In contrarium tamen clarè videtur stare text. *in l. Hæredes palam, in princip. ff. de Testament.* & apertiùs *in l. Iubemus*, ibi: *Si nomen hæredis non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum, Cod. eod. tit.* vbi pro forma postulatur, quòd nomen hæredis exprimatur: quod autem pro forma requiritur, non suppletur per æquipollens, vt tradunt communiter DD. & ex multis textibus probat Antonius Gomez, *tom.* 1. *Variar. cap.* 2. *num.* 7. Sed ad hoc omissa aliorum responsione, qui volunt in illis textibus requiri expressionem nominis, vel personæ, principaliter causâ demonstrationis & certitudinis, non verò pro forma; respondet Antonius Gomez, *supra*, quòd etiam quando aliquid requiritur pro forma potest suppleri per æpuipollens, si postuletur principaliter causâ demonstrationis & certitudinis, quo pacto expressio hæredis, seu ejus nominis in dictis textibus postulatur.

Hinc deducitur primò, cùm in testamento non oporteat exprimi nomen hæredis, satis esse quòd in codicillis nuncupetur, qui in testamento fuerit institutus, vt si in testamento dictum sit: *Cujus nomen in codicillo scripsero, ille mihi hæres esto, l. Institutio talis*, 10. *ff. de Conditionibus institutionum*: vel, *Quem hæredem codicillis fecero, hæres esto, l. Asse, toto*, 77. *ff. de Hæredib.* vbi redditur ratio, quòd licèt codicillis dari hæreditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur. 33

Deducitur secundò, posse institutionem fieri, dicendo in testamento, *Quod sit hæres, qui reperietur scriptus in schedula in tali loco*, vel, *apud talem personam ab ipso testatore depositâ*, vt cum Baldo. Couar. Molin. & alijs tradidimus, & latè comprobauimus, *disp. præced. sect.* 4. § 4. *num.* 83. quibus nunc addo Manticam, *de Conjectur. tit.* 3. *num.* 11. vbi plures in eandem sententiam adducit, inter quos Alex. Alciatus, & Boerius eam dicunt communem, & Tellium, *in l.* 3. *Tauri, p.* 5. *num.* 2. qui etiam hanc sententiam dicit communem, & magis commuuem. 34

Deducitur tertiò, valere institutionem, si testator, seruatis solemnitatibus aliàs necessarijs ad valorem testamenti, dicat: *Instituo eum, quem nominabit*, seu *declarabit Petrus, cum quo priuatim cõmu-* 35

municaui, quem volo meum esse hæredem. Ita Couar. *in cap. Cùm tibi, num.* 15. *de Testament.* Ludouicus Lana, *in quodam breui tractatu de Formulis testamentor. consil.* 1. *num.* 65. *qui tractatus habetur tom.* 8. *tractatuum nouissimæ edit. p.* 1. *fol.* 180. Mantica, *lib.* 4. *de Conjectur. tit.* 3. *num.* 12. Peregrinus, *de Fideicommissis, art.* 33. *num.* 58. Ceual. *Communium contra communes, q.* 1. *num.* 28. latè Spino *de Testament. Glossa,* 5. *principali,* vbi, *à n.* 1. disputat hunc casum, *& num.* 6. hanc nostram sententiam firmat, & alij quos referunt. Ad quod est text. *in l. Theopompus,* 15. *ff. de Dote prælegata, & in l. Quem hæredi,* 26. *ff. de Rebus dubijs.* Intelligitur autem hæc resolutio dummodo ex aliquibus conjecturis appareat testatorem de illo sensisse, quem Petrus postea nominauit, vt sumitur *ex d. l. Quem hæredi,* & notant Couar. Mantica, & alij; additque Mantica, & Ceual. oportere etiam, vt Petrus cum juramento declaret, illum esse hæredē cujus reuelatio sibi cōmissa est à testatore. Alioqui latissima fraudibus aperietur via, & facillimè in liberam alterius voluntatē conferretur vltima cujusque testatoris dispositio, quod jure fieri nequit, vt inferiùs constabit.

Deducitur quartò, institutionem fieri
36 posse respondendo vno verbo ad interrogationem alterius, vt si quis interroget testatorem: *Instituis Titium hæredem?* & ille respondeat, *Instituo,* vel, *Sic,* aut quid simile, quo profiteatur se illum hæredem agnoscere. Ita Glossa, *in l. Iubemus, verbo, Quemadmodum, Cod. de Testament. per l. Hac consultissima, §. At cùm humana fragilitas, Cod. Qui testament. fac. pos.* quam Glossam communiter approbatam dicunt omnes ibi, & multi alij quos refert Azeuedus *in l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Nouæ recopilat. num.* 157. & Joannes de Castillho, *Quotidinar. controuers. lib.* 4. *Primæ par. cap.* 27. *num.* 54. Aliqui tamen volunt, vt hæc resolutio vera sit, intelligendum esse, quando testator fecit vocari tabellionem, cum quo suam voluntatem communicauit, & postea cùm ipse notarius ei legisset testamentum, eumque interrogasset, an Titium instituerit? respondit, *Sic.* Secus autem si sit interrogatus per alium, vel per notarium ab ipso testatore non vocatum. Hanc limitationem ponunt Antonius de Brutio, Jason, Castrens. Afflictis, Hyppolitus, Roderic. Soarez, Cifuentes, & alij quos refert, & sequitur Padilha *in l. Et in Epistola, num.* 10. *vers. Est tamen primo loco. Cod. de Fideicommis.* Nonnullos etiam idem sentientes refert Azeuedo, *supra,* vbi nihil definit, & Julius Clar. *§ Testamentum, q.* 37. *num.* 7. qui eos sequitur.

Nihilominus quòd etiam ad interrogationem personæ priuatæ dicta institu- 37
tio fieri possit, sentiunt plurimi, qui prædictam Glossam absolutè approbant, & in specie hoc ipsum tenent Ruinus, Corneus, & Alciatus, quos citat & sequitur Castillo, *d. cap.* 27. *num.* 59. Tenent etiam Couar. *in cap. Cum tibi, num.* 4. *de Testam.* Farinac. *consil.* 97. *num.* 16. Mol. *disp.* 127. *num.* 2. & plures alij quos adducit, & sequitur Menochius, *de Præsumptionibus, lib.* 4. *præsumpt.* 8. *num.* 14. *& seqq.* vbi traditam resolutionem extendit, vt non solùm procedat, si interrogatio facta sit per personam priuatam, sed etiam quanuis non adsit notarius, sed tantum testes rogati; & licèt antea non constaret testatorem voluisse testari, & quanuis interrogatio facta esset à persona suspecta, vt à consanguineo, qui cupiebat hæres institui. Item licèt tale testamentum sit reuocatorium alterius priùs facti. Quas omnes ampliationes, & quasdam alias optimis fundamentis, & ex multis DD. probat, referendo simul, & refellendo alios qui oppositum docuerunt. Omnes autem citati DD. traditam resolutionem intelligunt, dummodo cesset omnis suspicio fraudis, timoris, & importunæ suggestionis: & si testator graui morbo laboret, quòd constet saltem ex probabilibus conjecturis, eum fuisse sanæ mentis, & deliberatè voluisse testari. Qua de re videndus omninò Menochius *d. Præsūptione,* 8. *à num.* 24. vbi circa hunc articulum plures casus distinguit, & multa addu-

ducit signa, ex quibus judex arbitrari potest, an infirmus fuerit sanæ vel insanæ mentis quando testamentum condidit, de quo etiam latè Castillo *d.cap.27.à nu-3.* & videnda etiam sunt, quæ de eadem materia diximus, *disp.1.sect.1.§.2. à numer.14.* Hic autem nobis satis est, quod institutio per responsionem testatoris, vel vno verbiculo, *Sic*, ad interrogationem alterius sufficiens est, si aliàs non desint requisita ad valorem testamenti. In quibus terminis nullum fere contradictorem reperio.

38 Tertiò principaliter constat institutionem hæredis fieri debere voce, aut scripto, & non sufficere per nutum. Hæc est communissima DD. sententia, quam relatis multis tradit Couar. *in cap. Cùm tibi, n 4. de Testam.* Mantica, *lib.4. de Conject. tit.4. num 6.* & Castillo *de Quotidianis controuersijs, l 4. p.1. cap.27. num.20.* Constat apertè *ex d.l. Hæredes palam, ff. de Testam. & ex d.l. Iubemus, Cod eod tit.* Quę leges licèt moderationem accipiant ex multis textibus, & fundamentis superiùs adductis, vt non oporteat exprimi in testamento nomen, & personam hęredis, prout in eis videbatur requiri; tamen nulla lege sublata fuit necessitas instituendi hæredem verbo, aut scripto: & ita non sufficiunt nutus. Cujus ea est ratio, quia per nutum non declaratur voluntas, nisi conjecturali modo, & præsumptiuè: per conjecturam autem heres institui nō potest, *l. vnica, ff. Si tabulæ testamenti extabunt.* Cùm enim agatur de magno prejudicio hæredum ab intestato, voluit lex vt certò constaret de voluntate testatoris circa hæredis institutionem, neq; ad id sufficeret cōjectura, vel præsumptio, quia lex vbi non vult, non præsumit, vtpote quæ juris præsumptionem in sua potestate habet. Ita declarat Baldus *in d. l. Iubemus, n.2.* & Mantica, *vbi supra.*

39 Hæc tamen resolutio limitatur primò, in testamento ad pias causas, in quo institutio solo nutu facta valida est, juxta cōmunissimam DD. sententiam quos latè referunt Mantic. *de Conject. lib.4. tit.4. n.8.* & Castillo *d.c.27. n.22.* & traditum à nobis est *disp. præced sect. 9. § 4 n 339.* licet non desint etiam, qui oppositum sentiant, vt videre est apud Manticam, *sup. n.9.* & Castillo *n.26.* Idem aliqui voluerunt de institutione inter liberos, eam scilicet per nutum fieri posse. At contrarium resoluimus *disp. præced sect. 7. §. 5. n. 210.* Idq; pręter DD. ibi citatos, tenent Mantic. *sup. n. 9.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 19. n. 11.* & Castillo *loco proximè citato.* In testamento etiam militari non sufficere nutus ad institutionem inducendam, docent ijdem DD. Mantic. *lib.6 de Conject. tit. 1. n.18.* Menoch. *cit. n. 10.* Castillo *cit.* & alij per *l. In fraudem, §. 1. cum Glossa, ibi, verb. Nuda, ff. de Milit testam.* Contrarium tamen satis probabiliter tenent multi, quos citat, & sequitur Ant. Diana, *tom.7. tract 6 resol.49. per ipsam l. Fraudē, §.1. ibi: Miles nuda voluntate,* & alia jura.

Limitatur secundò ab aliquibus, vt non 40
procedat in terris Ecclesiæ, quòd ibi ex æquitate canonica testamentum solo nutu factum sustineatur. Ita ex Alberico, & & Cephalo tradit Farinac. *cons. 97. n. 5.* & Castillo *sup. n.28.* Limitatur tertiò, & valde notabiliter, vt valida sit institutio facta per nutum, si testator priùs dixerat, quod volebat instituere talem, & talem. Ita resoluit Rota Romana *decis.139. n.2. inter eas, quæ afferuntur in fine 1. tomi Consiliorum Farinacij,* Mantic. *d. tit. 4. lib. 4. n. 10.* & Castillo *d.c.27. n.29 & 30.* post Joan, Andream *in Additionibus ad Speculatorem, tit. de Testam. §. In primis, in additione incipiente: Quidam Pylius, in fine.* & Parisius *cons. 30. n. 30. vol. 3.* Et similiter valere institutionem factam per nutum, quando testamentum priùs dictatum fuit ab ipso testatore, tradit Rota eadem *decis. 139. n.2. in princ.* citans ad hoc Glossam *in d.l. Iubemus, C. de Testam.* cum allegatis per Anton. Gabrielem *conclus. 2. eod. tit.* & referens ita decisum esse in alia decisione ejusdem Rotæ coram Rubusterio, 8. Maij 1579. Idemque approbat Castillo *supra, numer. 30.* Et ratio est, quia in prædictis euentibus cessat omnino ratio incertitudinis, & timoris, nę falsitas in talibus testamentis in-

teruenìat, ob quam supra diximus, constitutum fuisse, ne per nutum posset hæres institui. Proceditque tradita resolutio, etiamsi testator morti sit vicinus, dummodo sanæ mentis existat, vt declarat Rota vtràque decisione supra memoratâ. Et cùm dicitur sufficere nutum testatoris, si priùs dictauerat testamentum, intellige idem esse, & à fortiori, si ipse testamentum scripserat.

41 Limitatur quartò, vt valeat institutio facta per nutum, quando testator simul adhibuit verbum, *Sic*, licèt cum difficultate potuerit percipi, nec fuerit bene intellectum: tunc enim signa, & nutus juuant illud verbum, *Sic*, & imperfectam ejus dearticulationem supplent. Ita Cephal. *conf.* 546. *numer.* 71. *&* 89. prout illum referunt, & sequi videntur Farinac. *conf.*97. *tom.*1. & Castillo *d. c.*27.*n.*31.

42 Notandum etiam circa eandem resolutionem est, institutionem cum clausula Codicillari posse fieri per nutum, & valere tunc vt indirectam, seù jure fideicommissi, vt ex Bartholo, Alberico, Baldo, Angelo & Jasone, *in d.l. Iubemus, Cod de Testament.* Joanne Cephalo *conf.* 546. *numer.* 55. & Menoch. *conf.* 45. *numer.* 14.*lib.*1. tradunt Farinac. *d conf.* 97. *numer.*5. & Castillo, *d cap.*27.*num.*28. Ratio est, quia quando directa institutio hæredis valere non potest ob aliquem defectum, clausula Codicillaris ei adjuncta efficit, vt obliquetur, & transeat in fideicommissum, si aliàs non desint quæ ad valorem fideicommissorum requiruntur, vt est communis DD sententia, quam bene probat Anton. Gom. *in l.* 3. *Tauri, num.*77. Et hic est præcipuus, vel certè adæquatus effectus illius clausulæ. Fidei autem commissa possunt relinqui per nutum, vt est text. *in l. Nutu, ff. de Leg.* 3. *& in l. Et in epistola, Cod. de Fideicommis. & in l Labeo, § fin ff de Suppellectili legata.* Quod non tantum procedit in fideicommissis particularibus, seu legatis, sed etiam in vniuersalibus, vt in specie defendunt Ripa, *in l.* 1. *§. Si quis ita, num.*12.*ff. de Verbor. obligat.* & ibidem Alciatus *in Repet.n.*15.Niger.*n.*30. Socin.Jun. *n.* 11. *in fine cum seq.* Pontanus *num.*16.Bald. Nouellus *num.*6. Crotus *num.*22.Marcus Aquilinus *n.*43. Padilla plures referens *in d l. Et in epistola, num.*5.*&* 6. Emman. à Costa *in l.Gallus, §.Et quid si tantum*, 1.*p. num.*30. Menoch *d.conf.* 45. *num.* 5. & Castillo *Controuers.quotidianar.lib.*4. 1.*p. cap.* 27. *n.* 41. estq; communis sententia, cui vix vnum, aut alterum contradicentem reperio: certè jura supra citata quibus hæc resolutio nititur, indistinctè asserût fideicommissa posse nutu relinqui.

Vtrum hoc procedat, siue testator loqui posset, siue non posset, vt quia morbo vsum loquendi amiserat? Variant DD. vt videre est apud Castillo *d. c.* 27. *n.* 44 *&* 45. Missâ tamen controuersiá, dicendum est, posse fideicommitti per nutum, siue ex morbo, vel alio accidente loqui non posset, dummodo tamen vsum rationis non amiserit. Ita Ant.Gom *in l.*3.*Tauri n.*113.Peralta *in Rubric.ff.de Leg.*2.*n.*13. *&* 14.Menoch.*d.conf.*45.*num.*43. *&* 44 Castillo *supra,n.*49.*&* 50. & alij quos referunt. Ratio est, quia prædicta jura, quæ dicunt posse legata & fideicommissa nutu relinqui, loquuntur absolutè, & indistinctè, & ideo non debent restringi ad hunc, vel illum casum particularem. Præterea cùm actus fideicommittendi non sit de illis, quæ verborum expressionem requirunt, non est cur nô possit fieri nutu, tam ab eo, qui bene valet & posset expeditè loqui, quàm à carente vsu loquendi ex morbo, vel alio accidente. Mutus tamen per naturam prorsus inhabilis est etiam ad fideicommittendum, & codicillandû; quia surdi, & muti per naturam sunt prorsus inhabiles ad testandum, *l. Discretis, C. Qui testam. facere poss.* Inhabilis autem ad testandû codicillos facere non potest. *l. Diui, §.*1.*ff. de Iure codicil.* Quod maximè procedit in eo qui propter impedimentû naturale testari non potest. Et ita docet Menoch.*d.conf.* 45. *n.*42. Castillo *supra,n.*47. & alij quos refert.

Jam vero supposito quòd per nutum potest relinqui fideicommissum, etiam vniuersale, non immeritò dubitabis? 44

vtrùm

verùm institutio facta per nutum ad interrogationem alterius obliquetur, & valeat, vt fideicommissum? Respondeo ex Anton. Gom. *in l. 3. Taur. num.* 114. si testator fuit interrogatus verbis directis, vt, *Instituis Petrum hæredem?* vel similibus, talem institutionem non valere etiam vt fideicommissum, nisi fiat cum clausula Codicillari tacitè saltem subintellectâ, vt in testamento inter liberos, vel militari. Ratio est, quia institutio per nutum ad verba directa est propriè testamentum nullum: testamentum autem nullum non valet etiam vt fideicommissum, nisi habeat clausulam Codicillarem, saltem tacitè subintellectam, etiamsi fiat cum solemnitatibus, quæ ad codicillum & fideicommissum sufficerent, si testator codicillari intenderet, vt est communis sententia *per l. Non codicillum, Cod. de Testament.* & traditum est à nobis *disp. præced. sect. vltim. § 2. fine.* Si autem testator fuerit interrogatus verbis communibus, vt, *Vis relinquere tua bona Titio?* & ille nutu assentiatur, tunc illa dispositio valebit, vt fideicommissum vniuersale ab intestato, vt probat idem Anton. Gomez argum. text. *in l. Quoties, Cod. Famil. ercisc.* & adducendo in eandem sententiam Baldum, & Jasonem, illam in specie docentes. Quam ego vlteriùs hac ratione confirmo; quia disponens nutu ad interrogationem verbis communibus factam non magis significat se velle facere testamentum, quàm codicillum, cùm illa verba ad vtrumque sint indifferentia: quando autem quis indifferenter facit dispositionem, non declarans se velle facere testamentum, vel potiùs codicillum; tunc si in tali dispositione interueniant necessaria ad testamentum, est testamentum; si necessaria ad codicillum, est codicillus, vt per text. *in l. Illud, §. Tractari, ff. de Iure codicil.* & ibi communiter scribentes, tradit Molin. Jurista *lib. 1. de Primog. cap. 12. num. 26.* Igitur cùm in illa dispositione, qua quis per nutum assentitur interrogationi verbis communibus factæ interueniant necessaria ad codicillum, & fideicommissum vniuersale, quod diximus posse fieri per nutum, planè consequitur eam valere vt codicillum & fideicommissum ab intestato, cùm careat requisitis ad testamentum. 45

Quartò principaliter satis constat, institutionem hæredis fieri debere verbis dispositionis, nec sufficere enunciatiua ad illam inducendam. Sunt autem verba dispositiua, quæ proferuntur operatiuè, signando & intimando immediatè, ac principaliter voluntatem aliquid de præsenti statuentem & ordinantem, vt cùm testator dicit, *Petrus sit meus hæres.* Enunciatiua sunt, quæ non proferuntur modo operatiuo, idest, quo immediatè, & principaliter ostendatur voluntas aliquid per talia verba statuens, sed solùm narratiuè quasi ad docendum, quo pacto aliquid se habeat, vel propter quid factum, aut constitutum fuerit, vt si testator dicat, *Cum Petrum hæredem instituerim, spero quod meis consanguineis benefaciet:* vel, *Ideo illum institui hæredem, quia filios habet.* Ita DD. omnes sentiunt, licèt in modo explicandi nimiùm varient, & vix se declarent, vt videre est apud Castillo *Quotidian. controuer. lib. 4. p. 1. cap. 46. num. 6. & seqq.* vbi plures descriptiones verborum enunciatiuorũ, & dispositiuorũ ex diuersis DD. affert.

Quòd ergo institutio non inducatur 46 ex verbis enunciatiuis, sed solùm ex dispositiuis, tradit bene Paul. Castr. *in leg. Cum proponebatur, 66. ff. de Leg. 2.* argum. illius textus quatenus substitutio Fideicommissaria ex verbis enunciatiuis, quibus testator dixit, se hæredem grauasse, in eo textu sustinetur, addita ea ratione, ibi, *Etenim in causa fideicommissi conjectura* (scilicet ex verbis enunciatiuis) *potiùs admitti.* Quo planè Jurisconsultus innuit non posse id locum habere, si de directa institutione quæreretur. Quòd etiam per eundem text. docet Emman. à Costa *in leg. Gallus, §. Et quid si tantùm 1. part. numer. 21.* Idemque tenent alij apud Cald. *de Nominat. emphyt. quæstion. 1. numer. 60. fine.* qui tamen *numer. 61.* hoc in dubium vertit, & ma-

gis approbat, quòd etiam hæredis institutio inducatur per verba enunciatiua, quando principaliter propter se proferrentur per verbum temporis præteriti, vt quando testator diceret, *Petrum à se fuisse institutum*. Ducitur, quia ejusmodi verba inducunt dispositionem, etiam odiosam, vt exhæredationem, *l. Qui volebat* 61. *ff. de Hæredib. instit.* vbi Barth. & Imola, idem Barthol. *in l. Ex hac scriptura, ff. de Donat. num.* 2. *fine*, Emman. à Costa *in d. l. Gallus*, §. *Et quid si tantum*, *p.* 3. *num.* 93. & alij. Vnde multò magis admittenda videtur institutio ex similibus verbis, cùm ea sit fauorabilis, exhæredatio verò odiosa, *l. Cùm quidam, ff. de Liber. & posthum.*

47 Recedendum nihilominus non est à superiori resolutione, etiam quando verba enunciatiua proferrentur per verbum temporis præteriti; quia ejusmodi verba in tantum inducunt dispositionem, in quantum ex eis capitur conjectura, & præsumptio voluntatis de præsenti, qua testator intelligitur velle impleri id, quod enunciatiuè dicit, vt constat ex *d. l. Cùm proponebatur, fine*, & notat relatis multis Joannes de Castillo *Quotidian. controuer. lib* 4. *p.* 1. *cap* 46. *numer.* 17. *& seqq.* Mantica, *lib* 3. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 12. *num.* 2. per text. *in l. Titia testamento*, §. *Titia cum nuberet*, ibi: *Licèt non ea verba proponantur*, &c. *ff. de Leg.* 2. Ejusmodi autem voluntas conjecturata, & præsumpta, licèt sufficiat ad inducendum fideicommissum, & exhæredationem, ad quæ sola voluntas vtcumque significata sufficiens est; attamen regulariter, & secundùm veriorem sententiam, non sufficit ad inducendam institutionem directam, quæ secundùm juris regulas ex conjectura non inducitur, vt benè probat Costa, *supra*, & Mantica, *lib.* 4. *de Conjectur. tit.* 1. *numer.* 3. ea ratione, quia hæredis institutio palam verbis exprimi debet, *leg. Hæredes palam, ff. de Testament. leg. Iubemus, Cod. eod. tit.* id quod ex professo, *sect. seq.* tractandum est.

Per hoc tamen non negamus conjecturas plurimùm valere circa institutionem, vt *seq. sect.* videbimus. Neque etiam negauerim, quod fauore piæ causæ sufficiant conjecturæ ad inducendum institutionem, vt securè tradit Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 19. *fine*, atque adeò quòd verba enunciatiua illam inducant in testamento ad pias causas, quando fuerint talia, vt ex eis sufficiens capiatur conjectura voluntatis testatoris, cùm in ejusmodi testamento nuda voluntas sufficiat ad valorem institutionis. Atque id probabiliter dici potest in testamento militis, & inter liberos, juxta Menochium, qui etiam in his testamentis admittit posse induci institutionem ex conjecturis, licèt non absque difficultate, cùm in his non possit hæres institui nutibus, vt idem Menochius agnoscit, & à nobis supra traditum est. 48

Quæres, vtrum institutio inducatur per verba dubia, seu indifferentia, quæ scilicet possunt proferri in sensu dispositiuo, & significare voluntatem de præsenti statuentem; & in sensu enunciatiuo, non significando voluntatem statuentem, sed tantùm, quam proferens habet aliquid postea faciendi: vt si testator dicat, *Volo instituere Titium hæredem*: ex quibus verbis potest intelligi, quòd de præsenti illum instituit, vel quòd vult illum alio tempore instituere? Respondent ad hoc Anton. Gomez *in l.* 3. *Taur. numer.* 116. & Caldas plures referens, *de Nominat. emphyt. q.* 1. *num.* 11. Si testator conuocatis testibus, illa verba protulit, intelligi, & præsumi, quòd vult de præsenti testari, & disponere, & sic quòd hæredem instituit: si autem illa protulit, non vocatis testibus, tunc nihil fieri; quia non censetur perfecta dispositio de præsenti, sed tantùm quidam animi motus disponendi postea; ad quod est bonus textus *in leg. Diuus, ff. de Milit. testament.* 49

Quod si dicas, hanc distinctionem esse inutilem, siquidem non vocatis testibus actus testandi est nullius momenti, siue verba sint clara, & certa, siue 50

ſiue dubia Occurrit Anton. Gomez, hanc diſtinctionem procedere pro teſtamento ad cauſas pias, & pro caſibus, in quibus alias non requiruntur teſtes vocati, vt ſcilicet in eis intelligamus teſtatorem vere diſponere, & inſtituere hæredem, ſi vocatis teſtibus dicat, *Volo instituere talem perſonam*: ſecus autem ſi id dicat, teſtibus non vocatis. Vnde *num.* 19. hanc ipſam diſtinctionem, dicit habere locum in legatis & fideicommiſsis, in quibus de iure non requiruntur teſtes rogati, *l. vlt. in fine, Cod. de Codicil.* vt nimirum ſiquis teſtibus vocatis dixit, ſe velle relinquere aliquod legatum, aut fideicommiſſum, cenſeatur velle de præſenti diſponere, & valeat diſpoſitio; ſecus autem, ſi ea verba protulit, non vocatis teſtibus. Pro qua reſolutione affert idem Anton. Gomez textum, quem dicit vnicum & ſingularem, *in l. Pamphilo*, §. *Propoſitum*, *ff. de Leg.* 3. ibi: *Accerſitis amicis*. Idemque notat Barthol. Bald. & alij quos ibidem refert: addit autem *d. num.* 116. & 117. ſe ſuperiorem reſolutionem intelligere, præterquam ſi prædicta verba proferantur à teſtatore in diſcrimine vitæ conſtituto; quòd tunc ſemper diſponant, etiamſi nõ dicantur coram teſtibus rogatis. Et idem ſentit *d. num.* 117. *fine*, quando teſtator prædicta verba protulit cum iuramento; quia tunc etiam diſponerent, argum. text. *in l. Cùm pater*, §. *Filius matrem*, *ff. de Leg.* 2.

51 Cæterùm licèt prædictam reſolutionem cum adhibitis modificationibus veram ſentiam, tamen generaliùs, & magis doctrinaliter reſponderi poſſe credo ad quæſtionem propoſitam dicendo, quòd prædicta verba, *Volo inſtituere hæredem Titium*, & ſimilia, inducunt inſtitutionem, & diſpoſitionem, quando ex circunſtantijs apparet fuiſſe prolata ex voluntate diſponendi de præſenti: ſecus autem ſi id non appareat. Quæ reſolutio eſt proculdubio de mente Antonij Gomez, & Caldæ, *locis citatis*, vt ex prædictis conſtat. Probatur facilè, ex *l. Quoniam indignum*, *Cod. de Teſtam.* vbi ſtatuitur, quod non intereſt, vtrum teſtator dicat, *hæredem facio*, vel *inſtituo*, *vel volo*, aut alio quopiam loquendi genere vtatur, ſi modo per ea verba ejus intentio liquebit: quando autem teſtator dicit, *Volo inſtituere Titium hæredem*, vocatis ad id teſtibus, vel cùm eſſet in articulo mortis, aut in ſimilibus circunſtantijs, ex quibus apparet non dici illa verba per iocum, vel adulatoriè, nec referri ad inſtitutionem poſtea faciendam, planè per ea liquet intentionem teſtatoris eſſe de præſenti diſponere, & hæredem inſtituere. Si vero proferantur extra tales circunſtantias, non liquet per ea, quòd intentio proferentis ſit diſponere de præſenti; & ita nulla tunc ſit hæredis inſtitutio.

Hactenus dicta circa modos, & ſigna, quibus inſtitutio fieri, & induci poteſt abſque vlla fere difficultate conſtant. Alia in quibus eſt difficultas, & controuerſia *ſeq. ſect.* tradentur.

SECTIO IV.

Vtrum hæredis inſtitutio admitti poſsit ex tacita, & tantùm conjecturata voluntate teſtatoris?

SUMMARIUM.

Prima ſententia hac in re ſimpliciter affirmat. num. 52. *Secunda ſimpliciter negat, & quo fundamento? num.* 53.

Tertia ſententia eſt media, admittens induci inſtitutionem ex conjecturis, quæ reſultant ex verbis teſtamenti: ſecus verò ex aliunde deſumptis? num. 54.

Proponuntur, & rejiciuntur fundamenta dictæ tertiæ ſententiæ quoad priorem partem, num. 55. *& ſeq.*

Iudicium Auctoris circa præfatas ſententias; num. 56. *ad finem.*

52 HÆc quæstio sub alijs terminis est, vtrùm conjecturæ, & præsumptiones sufficiant ad inducendam hæredis institutionem? In qua difficultate ita generatim proposità, tres sunt DD. sententiæ. Prima absolutè affirmat, institutionem induci posse solis conjecturis, & præsumptionibus. Hanc tenent Baldus, Angelus, & Rimimaldus quos refert Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 19. *num.* 6. Citari etiam possunt multi alij quos recenset idem Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 64. *num.* 2. asserentes sufficere conjecturas & præsumptiones ad inducendam substitutionem directam.

53 Secunda absolutè negat, sufficere conjecturas ad institutionem inducendam. Hanc defendunt Emman. à Costa, *in l. Gallus*, §. *Et quid si tantum*, 1. *p. num.* 21. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 43. Caldas *de Nominat. emphyt. q.* 2. *numer.* 6. Menchaca, *de Succes. creat.* §. 17. *Requisito*, 23. *num.* 56. & alij quos refert Menoch. *d. præsumpt.* 19. *num.* 1. Eandem tueri videntur plures relati ab eodem Menochio, *d. præsumpt.* 64. *num.* 3. qui tenent, directas substitutiones non induci conjecturis, & præsumptionibus; quod etiam idem Menochius fatetur sibi aliquando placuisse. Fundatur hæc sententia tum in alijs juribus, tum *in l. vnica, ff. Si tabulæ testamenti extabunt*; ibi: *Quia ex conjectura non proprie scriptus videretur, & in l. Hæredes palam, ff. de Testament. & l. Iubemus, Cod. eodem tit.* vbi postulatur expressa hæredis nuncupatio, voce, aut scripto.

54 Tertia est media admittens induci institutionem ex conjecturis, quæ resultant ex verbis testamenti: secus verò ex conjecturis aliunde desumptis. Hanc tenet Mantica, *lib.* 4. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 1. *à num.* 8. vbi alios refert, *& tit.* 2. *num.* 1. tenent præterea multi quorum dicta diligenter compilauit Menoch. *d. præsumpt.* 19. *num.* 7 *&* 8. vbi eandem sententiam magis videtur approbare, cùm illam vltimo loco referat, nec impugnet; & in illa etiam videntur esse multi alij apud eundem Menochium, *d. præsumpt.* 64. *num.* 4. qui admittunt, sufficere conjecturas ad inducendam substitutionem directam, si sint desumptæ ex expressis in testamento: non ita vero si aliunde desumantur; quam opinionem ipse Menochius ibi quoad vtramq; partem amplectitur, & tenet etiam relatis alijs Fusar. *tract. de Substitut. q.* 5. *num.* 5. *& q.* 262. *num.* 13.

Hæc sententia quoad secundam partem, in qua conuenit cum secunda sententia, probatur eisdem fundamentis, quibus secunda sententia stabilitur. Quoad priorem verò partem, in qua conuenit cum prima sententia, & contendit, institutionem induci conjecturis desumptis ex expressis in testamento, probari solet per text. *in l. Cum in testamento*, 73. §. *Hæc verba, ff. de Hæred. instit.* Sed hic textus reuera hanc sententiam non probat, quia in casu, de quo loquitur, fuerunt hæredes expressè, ac nominatim instituti. Adduci etiam solet pro eadem parte *l. Lucius Titius*, 85 *ff. eod.* Sed hic etiam textus est inefficax, quia loquitur etiam in casu, in quo hæres fuit expressè institutus, & solùm ex conjecturata mente testatoris quædam alternatiua, de qua ibi, accipitur pro conjuncta. Adducitur præterea, *l. Titius*, §. *Lucius Titius, ff. de Liber. & posthum.* vbi instituto nepote, quem testator putabat nondum esse natum, sustinetur institutio, licèt jam natus esset. Ad hic etiam textus parui momenti est; cùm reuera ille nepos expressè fuerit institutus, & conjecturà solùm in eo versetur, vt non intelligatur testator se restrinxisse ad nondum natum. 55

Probat denique hanc partem Mantica, *d. tit.* 1. *num.* 8. hac ratione, quia tacita institutio, quæ ex verbis resultat, habetur pro expressa, vt scribit Aretinus, & Ruinus quos idem Mantica allegat. Et confirmari potest ex notatis per Menoch. *d. præsumpt.* 19 *num.* 5 vbi cùm in contrarium adduxisset, *l. Iubemus, Cod. de Testament.* quæ postulat exprimi nomen hæredis à testatore, vt manifestum sit & certum quem hæredem fecerit, asserit respon- 56

ponderi posse, certum & manifestum dici illud, quod constat conjecturis, & præsumptionibus, siquidem tales possunt esse conjecturæ, vt nulla subsit dubitatio, quin de eo hærede testator senserit. At hęc etiam ratio non conuincit, quia licèt per conjecturas possit certo constare de voluntate testatoris, attamen ad institutionem inducendam non sufficit sola voluntas, *l. Quidam cum filium, ff de Hæred. instit.* sed requiritur dispositio expressa, & solemnis, vt fatetur idem Mantica, *numer.* 16 Neque est textus quo pro expressa habeatur, quæ ex verbis colligitur; imò sunt multi textus in contrarium, vt *in l. Hæreditas ad statum, ff de Hæred. instit.* & similes, vt amplius ex dicendis constabit. Vnde ex prædictis sententijs secundam credo simpliciter veram de rigore juris ordinarij, & seclusis priuilegijs; solumque ex auctoritate DD. sustineri posse tanquam probabile, quòd ad inducendam hæredis institutionem sufficiant conjecturæ ex verbis testamenti desumptæ, idque dummodo sint adeo claræ, & indubitabiles; vt æquippolleant expressæ institutioni.. Cæterùm vt hæc generalis doctrina ad praxim accomodetur, descendendum necessariò est ad aliquos casus particulares, in quibus specialiter dubitatur, vtrū ex expressis in testamēto tacita institutio colligatur, & admittatur.

§. 1. *Vtrum ex substitutione inducatur institutio ejus, cui datur substitutus.*

SUMMARIUM.

Communis, & vera sententia negat; num. 57.

Si pater sibi hæredem instituat sub conditione, si viuo se filius moriatur, non instituendo aliàs ipsum filium, tale testamentum est nullum; ibid.

Filij positi in conditione fideicommissi non censentur ad illud vocati, sed potiùs excludunt substitutum; num. 58.

Generale est, quòd posita in simplici conditione non censentur posita in dispositione; ibid.

Testamentum potest incipere à substitutione Vulgari; num. 59.

Ad institutionem inducendam non sufficit sola voluntas, sed requiritur dispositio expressa, & solemnis; ibid.

Substitutio Vulgaris potest esse valida, quauuis non præcedat institutio ejus, cui datur substitutus; num. 60.

Quando testator diceret, Si Petrus fuerit mortuus tempore mei obitus, instituo hæredem Antonium, *vel,* nomino Antoniū ad talem emphyteusim, *vel quid simile, non censetur Petrus tacitè institutus, vel nominatus; num. 61.*

Primus casus in præfata materia est, quando testator aliquem substituit alicui, quem non instituerat, vt dicendo, *Si Titius hæres non erit, sit hæres Sempronius*, cùm Titium aliàs non instituisset. In quo euentu dubitatur, an ex tali substitutione inducatur institutio Titij positi in illa conditione, *Si Titius hæres non erit*, quasi testator dixisset, *Instituo hæredem Titium, & si ille noluerit, aut non potuerit esse hæres, sit hæres Sempronius?* Cùm enim substitutio sit consequens ad institutionem, videtur hæc ad illam præsupponi à testatore, & sic tacitè per eam induci. Oppositum nihilominus tenendum est cum communi sententia, quam refert, & sequitur Mantica, *lib. 4. de Conject. vltim volunt. tit.* 1. *num.* 13. *cum seqq.* Anton Gom. *tom.* 1. *Variar. c.* 3. *sub num.* 23. Couar. *in cap. Raynutius, §.* 3. *numer.* 2. *&* 3. & Cald. *de Nominat. emphyt q.* 2. *num.* 4. *juncto num.* 6. qui alios referunt. Sumitur ex textu penè expressò *in l. Ex facto,* 19. *ff. de Hæred. instit.* vbi Glossa, Baldus, Angelus, Paulus Castr. Imola, & communiter scribentes. Probatur præterea primò *ex l. Siquis eum,* 16. *§. fin. ff. de Vulgari,* vbi si pater sibi hæredem instituat sub ea conditione, si viuo se filius decedat, tale testamentum est nullum, quia filius in illa conditione positus non censetur institutus, sed præteritus. 57

Probatur secundò, quia si testator grauet hæredem fideicommisso vniuersali, vel 58

vel particulari sub conditione, si sine liberis decedat, filij in tali conditione positi, non censentur vocati per tale testamentum ad illud fideicommissum, sed solùm excludunt substitutum, vt tenet communis sententia, quam latè sequitur Anton. Gomez, *tom. 1. Variar. cap. 5. sub numer. 42.* & Caldas, *supra, num. 7.* per multa iura, quæ referunt. Et generale est, quod posita in simplici conditione non censentur posita in dispositione, vt notant communiter DD. per text. *in l. Siquis sub conditione, ff. Siquis omissâ causâ testamenti.* Igitur quòd Titius positus sit in dicta conditione, *Si Titius hæres non erit,* id non sufficit, vt intelligatur institutus, seu positus in dispositione institutionis.

59 Probatur tertiò, quia substitutio Vulgaris non præsupponit necessariò institutionem alterius, sed ab ipsa substitutione potest incipere testamentum, vt sumitur *ex l. Si quis ita hæres instituatur,* 82. & ibi Bartholus, *ff. de Hæred instit.* ergo ex illa substitutione non colligitur, nec inducitur tacita institutio. Et idem est, etiam quando substitutio necessariò prærequirit antecedentem institutionem, vt notat Mantica, *d. tit. 1. num. 15. cum seq.* quia licèt ex tali substitutione intelligatur, quod testator voluit instituere eum, cui substitutum dedit, tamen ad institutionem inducendam non sufficit sola voluntas, *l. Quidam cùm filium, ff. de Hæred. instit. l. Hæredes palam, ff. de Testament. l. Iubemus, Cod eod. tit.* Atque in ijs actibus, in quibus vltra voluntatem requiritur dispositio expressa & solemnis, non facilè subaudiendum est illud esse factum, quod factum non apparet, licèt sit necessarium ad id quod factum est.

60 Si quæras, vtrum in casu proposito valeat substitutio, cum nulla præcesserit institutio? Respondetur affirmatiue cum Glossa vltim. *in d. l. Ex pacto,* 19. *ff. de Hæred. instit.* Quod etiam tenet Ant. Gomez, *tom. 1. Variar. cap 3 sub num. 23. vers. Verum tamen est;* quia Sempronius, in quo illa substitutio facta est, censetur conditionaliter institutus, & sic valet testamentum, quod à substitutione Vulgari incipere potest, vt supra notauimus per *d. l. Siquis ita hæres instituatur, ff. de Hæred. instit.*

Ex dictis colliges, quando testator diceret, *Si Petrus consobrinus meus, qui absens est, non fuerit reuersus in patriam, vel fuerit mortuus tempore mei obitus, instituo hæredem Antonium,* vel *nomino Antonium ad talem emphyteusim,* aut quid simile non censeri Petrum tacite institutum, vel nominatum, sed vocari solùm Antonium sub conditione, si Petrus in patriam reuersus non fuerit, vel fuerit mortuus. Ita Caldas, *d. q. 2. de Nominat. emphyt. num. 4. iuncto, num. 6.* & patet, quia in hoc casu militant fundamenta, ex quibus in superiori casu resoluimus non induci institutionem filij positi in conditione, de qua ibi. 61

§. 2. *Quid, quando datur substitutus ei, qui necessariò est instituendus, vt testamentum valeat?*

SUMMARIUM.

Quando pater in testamento diceret. Si filius meus me viuo moriatur, vel si non sit hæres, aut decedat in pupillari ætate, instituo hæredem Titium: *an talis filius censeatur tacitè institutus ne testamentum corruat? Prima sententia affirmat; & quibus fundamentis? num. 62. & seq.*

Secunda sententia negat, talem filium censeri institutum, saltem vt ex eo testamento possit esse hæres: & hæc est simpliciter communis; num. 64.

Soluuntur fundamenta primæ sententiæ; num. 65. & seqq.

L. 3. Cod. de Inoffic testam. *vbi admittitur institutio filij ex præsumpta voluntate matris, quæ alios filios instituerat, continet casum specialem; numer. 66.*

Explicatur l. Etiam si ius, §. Libertus, ff. de Bonis libertorum; *num. 67.*

Si filius præteritus viuo patre moriatur, testamentum, quod propter illius præteri-

teritionem fuit nullum, reconualescit jure Prætorio, si in eo sint instituti, qui ab intestato successuri essent; ibid.

*Institutio debet fieri verbis expressis, numer.*68.

Qui omittit formam necessariam, præsumitur voluisse actum elusorium facere; ibid.

Supposità prædictâ secundâ sententiâ, quod non inducatur institutio filij ex eo, quod pater dixerit, Si meus filius me viuo moriatur, *&c. an nihilominus testamentum valeat, & sustineatur in euentu, quo filius viuo testatore moriatur, vel alia ratione excludatur? Affirmat Bartholus; num.*69. *Negant alij, & meliùs; num.* 70. *Soluuntur fundamenta contraria; num.*71.

Cur sit nullum testamentum, quo filius præteritur, vel absque justa causa exhæredatur? ibid.

Proponitur, & excluditur sententia Antonij Gomez, existimantis quòd licèt in casu prædicto testamentum sit nullum ob præteritionem filij, tamen substitutio Vulgaris illi facta est valida per Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter. *si filius repudiet, vel abstineat ab intestato vel moriatur viuo testatore; num.*72. *& seqq.*

*Si filius præteritus in testamento patris, ipsum testamentum expressè, vel tacitè post mortem patris approbet, sustinebitur de jure Prætorio, num.*74. *Vtrum etiam sustineatur si filius præteritus viuo patre moriatur? num.*75.

Omnia prædicta locum habent, siue testamentum fuerit conditum à patre, siue à matre, & siue agatur de filio in potestate, siue emancipato; num 76.

62 SEcundus casus est, quando datur substitutus ei, qui necessariò est instituendus, vt testamentum valeat; vt si pater in testamento dicat, *Si filius meus, me viuo moriatur, vel si non sit hæres, aut decedat in pupillari ætate, instituo hæredem Titium.* In quo casu dubitatur, an talis filius censeatur tacitè institutus, ne testamentum corruat? De hoc casu tractant latè DD. *in l. Gallus, in princip. ff. de Liber. & posthum.* Et duæ in eo sunt principales sententiæ extremè oppositæ. Prima tenet, filium censeri tacitè institutum hæredem in tali testamento. Ita sentiunt Barthol. *in d. l. Gallus, §. Idem credendum, & in l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari,* Paul. Castr. *in eadem l. Gallus, in fin. & in l. Si ita scriptum, §. final. ff. de Liber. & posthum.* Furtunius *in d. l. Gallus, in princip. sub num.*35. & alij quos citat, & sequi videtur Couar. *in cap. Raynutius, §.*3 *num.*8. *de Testam.*

Probatur hæc sententia primò *ex l. Cum in testamento,* 37. *in princip. ff. de Hæred. instit.* vbi habetur, quòd quando ita scriptum est in testamento, *Si filius meus me viuo morietur, tunc nepos ex eo post mortem meam natus, hæres esto*: sunt duo gradus hæredum, idest, filius in primo, & nepos in secundo: ergo filius intelligitur institutus, nihil obstante, quòd solùm fuerit positus in conditione. Secundò ex *l.* 3. *Cod. de Inoffic. testam.* vbi ex præsumpta voluntate matris intelligitur, & habetur tanquam legitimè institutus filius, quem mater suscepit post conditum testamentum in quo alios filios instituerat, si casu aliquo testamentum mutare non potuit, vt si in puerperio decessit. Tertiò, *ex l. Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgari,* vbi ita sumatur, *Substitutio facta filio, si impubes decesserit, valet, licèt verè institutio non præcedat, quia præcedere fingitur.* Quartò ex *l. Etiamsi jus anulorum, §. Libertus, ff. de Bon. libertor.* vbi habetur, quòd si libertus habet filium, & instituit patronum, dicendo, *Si filius meus me viuo moriatur, substituo patronum, non videtur malè testatus.* Vnde censetur bene tacitè institutus filius in illa conditione positus cùm aliàs testamentum non valeat ob filij præteritionem. Quintò denique, quia qui vult consequens, censetur velle antecedens ad illud necessarium, *l. Illud, ff. de Acquirenda hæredit. l. Ad rem mobilem, ff. de Procurat. cum similib.* in nostro autem casu, vt testamentum valeat, necessarium est, quòd filius instituatur: ergo pater tale testamentum 63

con-

condens, censetur velle illum ibi instituere:& hæc tacita institutio sustinenda est, perinde acsi esset expressa; nam taciti, & expressi idem est judicium, *l. Cùm quid*, 3 *ff. Si cert. pet.*

64 Secunda sententia tenet oppositum, scilicet filium in casu proposito non censeri institutum, saltem vt ex testamento possit esse hæres. Hæc est simpliciter communis, quam amplectitur Glossa ordinaria communiter recepta *in d. l. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de Liber. & posth.* Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *sub num.* 23. Emman. à Costa *in d. §. Et quid si tantum*, 1. *p. à num.* 21. Mantica, *lib* 4. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 1. *numer* 30. qui plures referunt, eaque à nobis defendenda est. Probatur efficaciter, ex *d. l. Gallus, §. In omnibus, ff. de Liber. & posth.* vbi cùm in præcedentibus §§. relati essent varij casus, in quibus testator disposuerat sub hac forma, *Si filius meus me viuo decedat*, &c. expresfsè decernitur, quòd vt testamentum in illis casibus valeat, opus est vt filius ex aliqua parte sit hæres institutus; & ita ibidem declarat Glossa ordin. & Glossa parua, *verbo, Speciebus.* Idem constat ex *l. Si quis eum, §. finali, ff. de Vulgari*, quam attulimus pro resolutione casus præcedentis, *num.* 57. Alia fundamenta videri possunt apud DD. *proximè citatos.*

65 Nec obstant, quæ pro contraria sententia adducta sunt. Ad primum respondetur, in illa *l. Cùm in testamento*, præsupponi filium expressè institutum, quia testamentum, de quo ibi agitur, fuit factum secundùm formulam Galli Aquilij, quæ ponitur *in d. l. Gallus*, & procedit, supposito, quòd filius fuerit expressè institutus; vt notarunt Accurtius, Bartholus, & communiter scribentes *in d. l. Gallus, in princip.* Costa *in d. §. Et quid si tantum* 1. *p. n.* 1. & Mantica, *d tit.* 1. *numer.* 28. constatque satis ex *d. §. In omnibus, & ex l. Si mater, §. vltim. ff. de Vulgari.*

66 Ad secundum respondetur illam *l.* 3. continere casum specialem, in quo Imperatores fauore maternæ pietatis, cui ob casum repentinum non licuit testamentum corrigere, ex præsumpta ipsius matris voluntate filij institutionem pro scripta habuerunt, ne testamentum rumperetur. Qui fauor non extenditur ad casum, quo mater testamentum condiderat solis extraneis in eo institutis: tunc enim filius qui ei postea natus est, præteritus censetur, & testamentum rumpit, vt in eadem L. habetur, quam bene ibi declarat Glossa, verbo, *Habetur.*

Ad tertium respondetur, illum *§. finalem, l. Cohæredi*, esse summatum per Bartholum juxta intellectum ipsius Bartholi, quem hic non sequimur; reuera autem illum textum aliò tendere, & procedere in casu, quo filius fuit explicitè institutus, vt declarat Glossa ordin. in propositione casûs. Ad quartum respondetur ex Romano, Jasone, & alijs quos citat & sequitur Mantica, *d. tit.* 1. *sub num.* 29. idto in casu illius legis, *Etiamsi jus*, dici libertum non malè testatum, quia si filius præteritus viuo patre moriatur, testamentum, quod propter illius præteritionem fuit nullum, reconualescit, & sustinetur de æquitate propria, si in eo sint instituti, qui ab intestato successuri essent, *l. Posthumus, vers. Idem & circa, ff. de Injusto rupto testam.* in casu autem *d. l. Etiamsi jus*, ponitur institutus patronus, qui liberto successurus erat ab intestato. 67

Ad quintum respondetur primò, non satis esse, quòd pater in casu proposito intelligatur tacitè voluisse filium institueгe; quia hæredis institutio verbis expressis fieri debet, *l. Hæredes palam, ff. de Testament. l. Iubemus, Cod. eodem tit.* Respondetur secundò, tunc per voluntatem consequentis intelligi adesse voluntatem antecedentis necessarij, quando sola voluntas sufficit ad inducendum illud antecedens: quando autem sola voluntas non sufficit, id minimè procedere; nam qui omittit formam necessariam præsumitur voluisse actum elusorium facere, *l. An inutilis, in princip. ff. de Acceptilatione, l. Si vnus, Cod. de Testament.* 68

Adhuc tamen retentâ prædictâ secundâ sententiâ, quòd filius in dicto casu non cen- 69

censetur institutus, dubitari solet, an nihilominus illud testamentum valeat, & sustineatur in euentu, quo filius viuo testatore moriatur, vel alia ratione excludatur? Affirmatiuam partem tuetur Bartholus *in d. l. Gallus, in princip. num.* 5. & Alciatus *Paradoxor. lib. 3. cap.* 6. Mouentur primo *ex l. Siquis ita hæres instituatur,* 82. *ff. de Hæred. instit.* vbi dicitur valere testamentum ita factum, *Si legitimus hæres nolit vendicare hæreditatem, Titius hæres esto.* In quo textu vides vocari tacitè legitimum hæredem ad successionem ab intestato, & Titium validè institui sub conditione, si ille legitimus hæres non succedat: ergo similiter valebit testamentum patris factum sub conditione, si filius, qui est hæres legitimus, non succedat ab intestato. Secundò mouentur, quia filius præteritus dicit testamentum nullum propter injuriam sibi factam, *§. Hæc autem dispofuimus, Auth. Vt cum de appellatione cognoscitur, l. Filius matrem, ad finem, Cod. de Inoffic. testament. l. Multi non notæ causæ, ff. de Liber. & posthum.* In nostro autem casu nulla injuria facta est filio præterito, siquidem præfertur hæredi instituto: ergo cessante causa nullitatis, testamentum valere debet juxta regulam, *l. Adigere, §. Quamuis, ff. de Iure patronat. l. Quod dictum, ff. de Pact. cap. Cum cessante de appellationibus.*

70 Nihilominus dictum testamentum esse simpliciter nullum, tenent vt receptius, & verius Emmanuel à Costa *in §. Et quid si tantum,* 1. *p. sub num.* 51. *vers. Alia igitur, in fine, cum seqq.* Mantica, *lib.* 4. *de Conject. tit.* 1. *num.* 30. & Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 3. *sub n.* 23. *vers. Dubium tamen.* Probatur, quia jure constitutum est, vt testator si filium habeat, illum hæredem instituat, aut nominatim exhæredet, alioqui testamentum sit nullum, *l. Inter cætera, & l. Filius qui in potestate, ff. de Liber. & posthum. & Inst. de Exhæredatione liberorum, in princip.* ibi: *Vt eum hæredem instituat, vel exhæredem nominatim faciat*: in casu autem proposito filius testatoris neque est institutus etiam tacitè, vt in secunda sententia principali probatum est, neque nominatim exhæredatus, sed simpliciter præteritus: ergo testamentum est simpliciter nullum.

71 Neque obstant in contrarium adducta. Ad primum enim respondetur facillimè, illam *l. Siquis ita hæres instituatur,* loqui de hærede legitimo, qui non debet necessario institui, vel exhæredari. Ad secundum dici in primis potest, satis in casu proposito intelligi factam injuriam filio, cùm præteritus careat honorabili titulo institutionis: quamobrem debet ei aliquid hoc titulo relinqui, si non fuerit ex legitima causa exhæredatus, *§. Aliud quoque capitulum, Auth. Vt cùm de appellatione cognoscitur.* Respondetur deinde secundo cum Baldo, & alijs apud Costam *supra num.* 54. testamentum, in quo filius præteritur, non ideo esse nullum, quòd filio facta sit injuria, sed magis ratione imperfectionis, eoquod testator prætermiserit gradum non omittendum. Respondetur tertio ex Mantica, *d. tit.* 1. *num.* 23. formam à lege traditam ad vnguem seruari oportere, etiam quando cessat ratio, propter quam fuit inducta, *l. Si fundus, in princip. ff. de Reb. eorum, qui sunt sub tutela, & cap.* 1. *in verb. Præsertim, de Rebus Ecclesiæ non alien.* Quam responsionem probat etiam Costa *supra, num.* 52.

72 Cæterùm quamuis testamentum in prædicto casu sit nullum propter præteritionem filij, quæstio adhuc est, vtrùm illa directa substitutio facta filio præterito sit valida? Proponit hoc dubium Antonius Gomez *loco proximè citato,* & resoluit illud affirmatiuè, per *Auth. Ex causa, Cod. de Liber. præter.* quatenus ibi dicitur, quòd ex causa exhæredationis, vel præteritionis testamentum est irritum, quantum ad institutiones, quoad cætera verò firmum. Vnde resoluit citatus Doctor, quòd licèt testamentum, in quo filius est præteritus, vel injustè exhæredatus, sit nullum, tamen si talis filius repudiet, vel abstineat ab intestato, conseruatur Vulgaris substitutio facta ipsi præterito, vel alteri ibidem instituto; & simili-

similiter, si ille filius moriatur viuente adhuc patre, vel etiam post mortem patris, eo casu quo hæreditatem sibi delatam non transmittit. Addit tamen idem Anton. Gomez *in d. vers. Dubium tamen, prope finem*, hæc semper esse intelligenda, dummodo in illo testamento, in quo filius est præteritus, vel injustè exhæredatus, aliquis hæres vniuersalis institutus sit, quia alioqui nulla substitutio, vel dispositio vniuersalis, vel particularis valeret, vel conseruaretur. Addit etiam, quòd, filio præterito, vel injustè exhæredato, rumpente vel annullante testamentum, & succedente ab intestato, annullatur dicta substitutio Vulgaris ei facta, vel alteri instituto; quia est secunda institutio directa conditionalis, in qua etiam militat text. *in d. Auth. Ex causa*, vbi annullantur omnes institutiones in ejusmodi testamentis factæ. Et pro tota hac resolutione adducit in *sequenti versu*, plures DD. quos dicit ita in effectu sentire, licèt non adeo explicitè rem declarent.

73 Hæc tamen doctrina non potest vsquequaque admitti, & multâ indiget explicatione. Quia in primis verum non est, illam substitutionem factam filio præterito sustineri per *d. Auth. Ex causa*; nam cùm in eo textu dicitur, quod ex causa prætermitionis, vel exhæredationis injustæ, annullatur testam[illegible]ntum quoad institutiones, cætera vero firma man[illegible]t, nomine institutionum comprehenduntur substitutiones directę, per quas testatori succeditur, vt b[illegible]ne probat Barth. ibi, estque communis sententia, quam etiam idem Anton. Gom. admittit. talis autem est substitutio, de qua hi[illegible] loq[illegible]imur, cùm sit Vulgaris, vel certè pro[illegible]rij[illegible]sima quædam institutio conditionalis, qua t[illegible]stator sibi hæredem instituit pro casu, quo filius se viuo moriatur.

74 Farendum nil[illegible]us est q[illegible]d ex æquitate su[illegible] in[illegible] ta[illegible]itutio, si filius pr[illegible]post mortem patris expres[illegible]e appro[illegible]t illud testamentu[illegible]m licet testamentum patris, in quo [illegible]ilius est præteritus, sit simpliciter nullum de jure Ciuili antiquo, vt per *l. 1. ff. de Injusto rupto*, ibi: *Nullius momenti, & per l. Inter cætera, & l. pen. & fin. ff. de Liber. & posthum. cum simil.* neque sustineatur per *d. Auth. Ex causa*, quoad institutiones, & substitutiones, ex quibus directè testatori succeditur, vt dictum est; attamen si filius illud approbet post mortem patris, conseruabitur in totum ex æquitate, vt habetur, *in l. Filio præterito, 17. ff. de Injusto rupto.* quod intelligitur de æquitate Prætoria, vt cum alijs tradit, ac bene probat Barth. *ibid. num.* 29. satisque est tacita approbatio, vt si ille filius se abstineat bonis paternis, vel tanto tempore taceat, vt videatur nolle in illis succedere, prout latius declarat idem Barth. *num.* 28. & nos suo loco ex professo tradetmus. Neque obstabit, esse dictam substitutionem factam pro casu, quo filius viuo testatore moriatur, nam Vulgaris expressa in talem casum, porrigitur in casũ non expressum, quo filius decedat post mortem patris repudiata hæreditate, nisi aliàs constet de contraria voluntate testatoris, vt declarat Barth. *in l. Si mater, 32. §. fin. num. 3. ff. de Vulgari*; & tenet communior sententia, quam relatis pluribus tradit Trentacinq *tract. de Substitution. p. 1. cap. 1. num.* 33. & Fusar. *de Substitut. q.* 31. *num.* 16. Non admitto autem in hoc casu, quod idem Anton Gomez addit, scilicet, requiri ad conseruationem dictæ substitutionis, quod aliàs sit aliquis hæres vniuersaliter institutus, nam vt substitutio Vulgaris valeat, & sustineatur, non est necessaria institutio, vt est communis, & verissima sententia suo loco tradenda per text *in l. Siquis ita hæres instituatur, 82 ff. de Hæred. instit.* Et patet, quia testamentum ab ipsa Vulgari potest incipere, vt constat per *d. l. Siquis ita hæres, & l. 3. in fine, ff. de Liber. & posthum.* cujus ea est ratio, quia ipsa Vulgaris est propria hæredis institutio, per quam directò succeditur.

Deinde, quod idem Doctor asserit, sustineri etiam dictam substitutionem, si filius præteritus viuo patre moriatur, pendet ab illa quæstione, vtrum testamentum, in quo filius est præteritus, sit de jure 75

re

re Prætorio aliqua ratione validum à principio, & non simpliciter irritum, sicut de rigore juris Ciuilis? In qua quæstione sunt qui partem affirmatiuam tenent, vt relatis alijs Menchac. *de Success. creat. lib.* 2. *§.* 20. *à numer.* 139. qui tandem *num.* 145. concludit, tale testamentum rescindi per Prætorem ad petitionem filij præteriti, & non declarari tantùm fuisse nullum. In qua quidem sententia, si ille filius moriatur viuo testatore, testamentum conseruatur de jure Prætorio, vt idem Menchaca aduertit, *num.* 141. Vnde etiam juxta eandem sententiam sustinebitur dicta Vulgaris substitutio facta filio præterito, non solùm si ille post mortem patris abstineat, sed etiam si viuo patre moriatur. Cæterùm communis, & receptissima sententia est, quòd testamentum in quo filius jam natus præteritur, etiam spectato jure Prætorio, est nullum à principio, & non conualescit, moriente eo filio in vita patris, vt habetur *Inst. de Exhæredat. liber. in princip.* & tenet latè hanc rem declarans cum aliquibus Glossis Barth. *in l. Posthumus, in princip. num.* 3. *ff. de Injusto rupto*, de qua communi sententia testatur etiam Menchaca, *d. §.* 20. *num.* 138. illamque relatis multis sequitur Trentacinq. *de Substitution. p.* 1. *cap.* 19. *numer.* 4. *ad fin.* Et hac sententia retenta, tenendum omnino est, perire dictam substitutionem Vulgarem factam filio præterito jam nato, si is viuo patre decedat. Concludo igitur respondendo ad quæstionem propositam, dictam substitutionem esse à principio nullam, & non conualescere, nisi ille filius post mortem patris ipsum testamentum aliqua ratione approbet. Legata verò, & fideicommissa in tali testamento relicta manent firma per *d. Auth. Ex causa*, si filius viuo patre moriatur, vel aliàs ex solo vitio præteritionis testamentum rumpatur.

76. Illud tamen moneo, omnia prædicta circa dictum secundum casum, non tantùm procedere quando agitur de filiofamil. per patrem præterito, aut exhæredato, non insertâ legitimâ causâ, sed etiam de filio similiter præterito, aut exhæredato per matrem, & de filio emancipato, vel aliàs è patria potestate egresso. Nam licèt jure antiquo sola dicta præteritio, vel exhæredatio filijfamilias per patrem facta redderet testamentum ipso jure nullum: at jure nouo *in d. Auth. Ex causa*, & in corpore, vnde illa sumpta est, scilicet, *in Auth. Vt cum de Appellat. cognosc §. Aliud quoque capitulum, & §. Siue igitur omnes*, hoc ipsum extenditur ad quoslibet filios, siue per patrem, siue per matrem preteritos, vel exhæredatos, vt ex Barth. & communi tradit Molina, *disp.* 175. *numer.* 35. Qua de re *disp.* 5. ex professo tractabimus, & ex ibi dicendis circa filios necessariò instituendos prædicta omnia maiorem lucem accipient.

§. 3. *Quid, quando testator habens filios solùm disposuit de illa parte bonorum, quam poterat relinquere extraneis?*

SUMMARIUM.

IN Regno Lusitaniæ quando parens solùm disponit de tertia parte suorum bonorum censetur instituere tacitè filios in legitima, eaque institutio sufficit ad valorem testamenti; num. 77.

Vtrum in prædicto casu oporteat, vt parens disponat de tertia titulo institutionis? Affirmat Emmanuel à Costa ibid. *Contrarium tamen est verum, quòd scilicet, sufficiat, vt parens disponat per viam legati; num.* 78.

Tertia, de qua parentes in Lusitania possunt liberè disponere, est quota bonorũ, cui adjectum verbum, relinquo, *nõ inducit institutionem; ibid.*

Vtrum spectato solo jure communi tacita filiorum institutio in prædicto casu inducatur? num. 79.

Admissa prædicta institutione tacita filiorum ex priuilegio testamenti inter liberos, non valebit dispositio, qua pater titulo institutionis su-

am partem liberam reliquerit alicui extraneo. Et vtrum valeat, ſi eam partem relinquat titulo legati? numer. 80.

77 TErtius caſus eſt, quando teſtator ſciens ſe filium habere, ſolùm diſponit de illa parte bonorum, quam poteſt relinquere, & diſtribuere in quaſuis perſonas, vt ſi in hoc Regno ſolũ diſponat de tertia parte bonorum, & in Caſtella de quinta. In quo caſu videtur talis teſtator tacitè relinquere legitimam filio, illumque in ea inſtituere, eo ipſo quòd ſolùm diſponit de parte ad ſuam liberam diſpoſitionem ſpectante. Et ita dubitatur, vtrum in hoc caſu tacita filij inſtitutio admittatur, & ſuſtineatur? Ad quod reſpondeo, in hoc Regno Luſitaniæ admitti, & valere talem inſtitutionem. Ita expreſsè habetur *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 82. *in princip.* Credit autem Emmanuel à Coſta *in §. Et quid ſi tantum, p.* 1. *numer.* 47. oportere juxta dictam legem Regiam, vt teſtator dictam partem relinquat titulo inſtitutionis; quia in ea lege ponitur, ſi parens faciat teſtamentum: teſtamentum autem ex hæredis inſtitutione colligitur, *l. Non codicillum, Cod. de Teſtament.* Vnde ſi non eſſet aliquis hæres inſtitutus, etiam remoto præteritionis vitio, teſtamentum eſſet nullum *l. Proximè, ff. de His, quæ in teſtamento delentur, cum ſimilibus,* & ſolùm videretur parens feciſſe legatum præſtandum à filio ab inteſtato ſuccedente, cui pater legitimam hæreditatem crederetur reliquiſſe, argum. text. *in l. Conficiuntur, in princip. verſ. Sed ideo, ff. de Iure codicil.*

78 Hæc tamen opinio mihi videtur falſa, & aliena à mente dictæ legis Luſitanæ; nam cùm illa lex voluerit, vt filius in dicto caſu haberetur pro legitimè inſtituto, ea inſtitutio ſufficit ad ſuſtinendum nomen, & rationem teſtamenti, licèt parens ſolùm titulo legati de ſua tertia diſpoſuerit. Quod etiam ſatis conſtat ex verbis, quibus hic caſus in dicta lege proponitur, quæ ſic habent; *Si pater, vel mater ſciens ſe filios habere, acceperit tertiam bonorum ſuorum, & illam reliquerit, cui voluerit, vel juſſerit diſtribui poſt mortem ſuam, prout ſibi placuerit*: quæ vltima verba ſunt indirecta, & nullo modo inſtitutionem ſonant, ſed tantùm diſpoſitionem per viam legati, vt bene aduertit Nigreiros *lib.* 1. *Introduc. ad vlt. volunt. cap. vlt. fine,* & Gabr. Pereira *deciſ.* 78. *num.* 2. vbi latè prædictam opinionem Coſtæ impugnat. Adde quòd etiam quando in caſu propoſito parens diſponat de ſua tertia dicendo, *Relinquo meam tertiam Titio,* talis diſpoſitio non contineret inſtitutionem vt bene docet Reynoſus *obſeruat.* 20. *ſub num.* 4. quia illa tertia eſt quota bonorum, vt probat idem Reynoſus *à numer.* 1. & verbum *Relinquo,* adjectum quotæ bonorum non inducit inſtitutionem, vt conſtat ex ſupra traditis *ſect.* 3. *numer.* 30.

Spectato autem ſolo jure communi, 79
non ſatis conſtat, an ſimiliter illa tacita inſtitutio filij admittenda ſit? Nigreiros *loco ſupra citato,* partem affirmatiuam tuetur, eo fundamento, quòd voluntas teſtatoris, etiam tacita, ſeruanda eſt, ſi ſit veroſimilis, & colligi poſsit ex ijs quę ille diſpoſuit, vt in præſenti euenit, ſiquidem tunc habenda eſt pro expreſſa, juxta *leg. Iam hoc jure, ff. de Vulgari.* Quæ opinio rectè quidem procedit retentâ tertiâ ſententiâ ſupra traditâ *in prima principali quæſtione hujus ſectionis, numer.* 54. quæ tenet, inſtitutionem induci conjecturis deſumptis ex expreſsis in teſtamento. Retentâ autem ſecundâ ſententiâ ibidem *num.* 53. traditâ, & cæteris de rigore juris prælatâ, quæ negat inſtitutionem induci vllis conjecturis, res eſt difficilior. At retentâ etiam illâ ſecundâ ſententiâ, admitto in caſu pręſenti, quòd etiam de jure communi illa tacita inſtitutio filij ſuſtinenda eſt ex priuilegio teſtamenti inter liberos, quale eſt, de quo loquimur. Quia in ejuſmodi teſtamento valet inſtitutio tacita ex ſolis conjecturis admiſſa, vt tradit Emmanuel à Coſta *in dict. §. Et quid ſi tantùm* 1. *p. numer.* 43. per text. *in l. Hac con-*

[illegible] §. *Ex imperfecto*, *Cod. de* [illegible] testamento inter liberos [illegible] voluntatis: vn[illegible] voluntas sufficiens est ad [illegible], ex quibuscumque in[illegible]. Quod [illegible] ex Meno[illegible] ab eo relatis [illegible] dimus, *sect.* [illegible] 48.

A[illegible] autem, si in casu proposito [illegible] institutio filij sustineatur ex [illegible] testamenti inter li[illegible] [illegible] validituram dispositionem, [illegible] ex [illegible] relinqueret ti[illegible] [illegible] ionis dictam suam partem, de [illegible] liberè poterat disponere; quia [illegible] non extenditur ad ea, [illegible] extraneis relinquerentur ti[illegible], vt patet ex *d. § Ex im*[illegible] *notatis disp. praeced. §. 5. nu*[illegible], forte etiam neque ad reli[illegible] titulo legati, aut fideicom[illegible], quamuis oppositum sit magis recep[illegible], vt loco illo [illegible] dimus, & explicauimus.

§. 4. Quid, quando testator aliquem oneravit legato: vel filium in testa[illegible] to benedixit, nō exprimendo se illum instituere?

81 QUartus casus est, quando aliquis legato est oneratus, cùm expresse institutus non sit. In quo euentu quaeritur, an ille oneratus censeatur tacitè institutus? Et respondetur negatiuè per tex[illegible] expressū *in l. Hereditas ad Statium, 65. ff. de Hered. instit.* Siceque resoluit Mantica, *lib. 4. de Conject. tit. 1. in fine*, qui exinde cum Bartholo docet, si testator dixerit, *Committo tali Abbati vt det centū fratribus Praedicatoribus*, nō ideo intelligi Abbatem institutum: & hinc vlteriùs subinfert, quod nec fauore piae causae talis conjectura videatur sufficere ad tacitam institutionem inducendam.

82 Quintus casus est, quando pater in testamento benedixit filium, quem aliàs nō instituit. In quo casu dubitatur, an per hoc intelligatur pater filiū haeredem instituisse? Ad quod respondet negatiuè cum alij Mantica, *lib. 4. de Conject. tit. 4. num. 4.* & hinc relatis [illegible], si pater in testamento dixit, *Ne* [illegible], vel *filiae meae jure benedictionis* [illegible] *pro sua benedictione*, vt rustici, & [illegible] interdum faciunt, non intelligi, quod [illegible] institutionis id reliquerit, & consequenter reddi testamentum nullum vitio praeteritionis C[illegible] *num. 5.* hanc o[illegible]nionem meritò limitat, vt procedat, nisi communis vsus loquendi accipiat verbū, *Benedictionis*, pro institutione; siquidem verba secundùm communem vsum loquendi exaudiri debent, *l. Labeo, ff. de Supellectili legata.*

SECTIO V.

Vtrum institutio haeredis extensionem admittat ex tacita, & tantùm conjecturata voluntate testatoris?

SUMMARIUM.

INstitutio admittit extensionem de casu ad casum, in quo eadem sit ratio, num. 83.

Substitutio Vulgaris extenditur ex conjecturata mente testatoris de casu ad casum similem; & apponuntur quaedam exempla, ibid.

Institutio posthumi sub conditione, Si viuo testatore nascatur, *non extenditur ad casum, quo illo mortuo nascatur: neque e contra, & cur? num. 84.*

Vtrum institutio facta de filijs, extendatur ad filium, quem testator se habere nesciebat? Prima sententia affirmat, & quo fundamento? num. 85. & seq. Secunda negat, & quibus fundamentis? num 87. & seq. Dirimitur controuersia distinguendo in ea tres casus, num. 89.

Quando pater ignorando se habere filium, instituit tantùm haeredem extraneum, tale testamentū est nullum, etiam quoad legata, & fideicommissa, d. n. 89.

Quando testator [illegible] habebat p[illegible]res filios, & instituit illos nominatim, omisso illo,

 quem

quem ignorabat, non extenditur institutio ad filium ignoratum, num. 90. *Secus dicendum, si testator, non designatis filijs quos sciebat se habere, indefinitè dixit,* Instituo filios meos; *num.* 91. *Respondetur argumentis in contrarium; num.* 92. *& seqq.*

Tutela data filijs indefinitè non extenditur ad filium à testatore ignoratum: secus in institutione facta similiter de filijs, & cur? num 92.

Quando agitur, vt voluntas testatoris valeat, potius consideratur id quod est in veritate, quàm quod est in opinione testatoris: num. 94.

Ad inducendam institutionem filiorum in testamento inter liberos sufficiunt conjecturæ; num. 95.

Institutio non recipit extensionem de tempore ad tempus. Et quid in substitutione directa? num. 96.

83 RESpondetur affirmatiuè, si agatur de extensione de casu ad casum, in quo eadem sit ratio: ita relatis multis Menoch *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 26. *ex num.* 2. & Castillo, *Quotidian. controuers. lib.* 4. *t. p. cap.* 15 *num.* 68. licèt nonnulli refragentur. Probatur facilè *ex l. Titius, §. Lucius, ff. de Liber. & posth.* vbi institutio eo qui nasceretur, fit extensio ad casum, in quo ille institutus jam erat natus, quando conditum est testamentum. Confirmatur, quia substitutio Vulgaris, quæ nihil aliud est, quàm quædam secunda institutio conditionalis, extenditur ex conjecturata voluntate testatoris de casu ad casum similem, vt de casu, in quo institutus non potuerit adire hæreditatem, ad casum in quo noluerit illam adire, & ècontra: & de casu, quo institutus mortuus fuerit, viuo testatore, ad casum in quo idem institutus, viuo testatore, solùm fu[illegible] ciuiliter; ita vt ad effectum [illegible] habeatur tanquam mortuus [illegible], vt si patiatur interdictionem [illegible], & aquæ; vel profiteatur R[illegible]nem Minorum. Quam resolutionem tradunt relatis plurimis Castillo, *supra, ex num.* 69. *ad num.* 78. & Menochius *supra, præsumpt.* 65. [illegible] eam multipliciter probat, n[illegible] rationibus, & explicationibus [illegible], estque hæc sententia [illegible], licèt desint còtrariè op[illegible]tes quos etiam proxime citati DD. referunt.

Videtur autem in oppositum v[illegible] textus, quo maximè Aduersarij [illegible] *in l. Commodissime, ff. de Liberis, & posthum.* vbi habetur, quòd siquis ita posthumum instituat: *Si me viuo nascetur*; non intelligitur institutus posthumus qui mortuo testatore natus est: & [illegible] contra, quando dictum est, *Si post mortem meam nascatur*, quod nõ intelligitur institutus, si nascatur viuo testatore. Sed ad hoc, missis alijs expositionibus, [illegible] ex communi DD. interpretatione respondet Castillo *supra, sub n* 79. quod propterea Jurisconsultus in proposita specie judicauit, non extendi institutionem ad casum omissum, neque illum sub expresso contineri, quia non solùm erat dissimilis, sed etiam contrarius; cùm illi conditioni, *Si me viuo nascatur*, [illegible], in quo mortuo jam testatore natus [illegible]; & ècontra. Vnde qui dicit, *Si me viuo nascatur*, excludere videtur eum, qui se mortuo nascetur: & dicendo, *Si me mortuo nascatur*, excludere eum, qui se viuo nasceretur: nostra autem resolutio procedit, quando casus omissus est similis expresso, & sub eo ex ipso dicendi modo intelligitur comprehensus. 84

Si autem agitur de extensione de persona ad personam grauior difficultas est, in qua p[illegible]rme probabilitate contrariè sentiunt DD qui hanc quæstionem specialiter excitant circa casum, quo testator plures filios habens, vnum eorum se habere ignorabat, vt quia putabat, illum esse mortuum, vel quia natus est ipso testatore jam mortuo, aut longè absente ab vxore, quam ignorabat mansisse grauidam. In quo euentu magna est controuersia, an institutis filijs, talis institutio ex præsumpta patris voluntate extendatur, & comprehendat eum, quem se habere nesciebat? Partẽ affirmatiuã tenent relatis alijs Mãtic. *lib.* 4 *de Conject. vlt. vol. tit.* 85

*tit.2.num.5 juncto num.*13. & Castillo *d. cap.*15.*num.* 80. tenet etiam Menochius *lib* 4.*Præsumpt.*26 *num.* 19. *& seqq.* vbi cùm hanc, & contrariam sententiam ponat, ac plurimos DD. pro vtraque adducat, solius contrariæ fundamenta dissoluit, expresßiùs autem eam præfert, & vt veram approbat *præsumpt.* 65. *n.* 35. vbi consequenter admittit, Vulgarem substitutionem extendi de persona ad personam, quando extat verosimilis, & præsumpta voluntas testatoris.

86 Ducuntur potisßimùm citati DD. celebri textu in *l.*3.*Cod.de Inoffic. testam.* vbi mater, quæ instituerat duos filios, intelligitur ex conjectura voluntatis eum quoque instituisse, quem postea peperit, si repentino mortis casu in ipso puerperio intercepta, testamentum mutare non potuit. Ex quo textu à fortiori arguitur ad casum de filio, quem testator se habere nesciebat. Nam si institutio facta per matrem in casu illius textus de solis duobus filijs, trahitur ad nasciturum, qui sub verborum significatione nullo modo cõtinebatur, multò magis debet intelligi institutus is filius, quem testator ignorabat, se habere; cùm sub verbis ipsius testatoris comprehendatur; siquidem supponitur, testatorem simpliciter suos filios instituisse, ejusque voluntas sine dubio filio ignorato suffragatur; siquidem si sciret eum viuere, pari affectione, & charitate illum instituisset, argum. *l.Generaliter*, §. *Cùm autem*, *Cod.de Institution. & l. Titius*, §. *Lucius*, *ff. de Liber. & posthum.*

87 Contrariam nihilominus sententiam, quòd scilicet prædicta extensio admittenda non sit, tenent Glossa, *in d.l.Titius, in princip.verbo, Oportere*, *ff.de Liber. & posthum.* Bartholus, *in l.Siquis ita, num.* 3. *ff. de Testament. tutela*, & multi alij quos refert Menoch. *d.præsumpt.*26. *numer.* 23. tenet etiam Anton. Gomez *in l.* 24.*Taur. sub num.* 3. quatenus ibi docet, quòd præterito filio ignotato, est nullum testamentum, etiam quoad legata, & fideicommissa in eo relicta, licèt testator plures filios haberet, & vnum tantùm ex eis ignoranter præterijsset, vt expressè declarat *in vers. Quinto modo, juncto vers. Sed his non obstantibus.* Idem videtur constitutum per legem Lusit. *lib.* 4. *Ordin.tit.*82.§.3. vbi disponitur, quòd si pater, aut mater tempore, quo testamentum condidit, habebat aliquem filium legitimum, & credendo eum esse mortuum, ejus mentionem non fecit in testamento, sed disposuit de suis bonis instituẽdo aliũ hæredem, tale testamentum non valet, non solùm quoad institutionem, sed etiam quoad legata in eo contenta. Quòd etiam de jure communi cum Bartholo, & alijs affirmat Molin. *disputat.* 175.*numer.*11.

Præcipua fundamenta hujus sententiæ sunt. Primum ex textu *in d.l. Siquis ita, vers. Siquis eum ignoraret, ff. de Testament. tutela*, vbi datio tutelæ facta à patre filijs non extenditur ad illum filium, quem pater se habere ignorabat: vnde idem videtur dicendum de institutione, qua pater filios instituit, vt non extendatur ad ignoratum, eùm datio tutelæ etiam sit fauorabilis ipsis filijs, nec minus verosimile sit, quòd pater sicuti de tutore prouidit filijs quos sciebat se habere, ita prouidisset illi, quem ignorabat. Secundum, quia actus agentium non operatur vltra eorum intentionem, *l. Non omnis, in princip.ff.Si cert. petatur*, intentio autem testatoris filios suos instituentis non extenditur ad ignoratum, cùm illum non considerauerit, argum. *d.l.Siquis ita, vers. Siquis eum ignoraret.* Tertium, quia voluntas testatoris interpretanda est secundùm id, qnod ipse opinabatur, & non secundum id, quod erat in veritate, *l Quo loco*, §.1.*ff.de Hæred.instit.* ergo cùm testator in proposito casu opinaretur, illum filium suum esse mortuum, licèt in rei veritate viuus esset, voluntatem ad illum non extendit. Quartum denique quia ex conjectura nemo scriptus hæres intelligitur, *l. Vnica, ff. Si tabulæ testamenti extabunt*, sed verbis expresßis institui debet, *l. Hæredes palam, ff. de Testament. l.Iubemus, Cod.eodem tit.* 88

In hac cõtrouersia, vt aptẽdirimatur, tres ca- 89

casus distinguere oportet. Primus est, quando testator nullum alium habebat filium, præter illum, quem ignorabat; quàobrem solùm instituit hæredem extraneum. Secundus est, quando testator habebat alios filios, eosque nominatim instituit, omisso eo quem se habere ignorabat, vt si habebat tres filios Petrum, Joannem, & Antonium, & cùm ignorasset, Antonium extare, solùm dixit, *Instituo Petrum, & Ioannem filios meos hæredes*, vel *duos filios meos hæredes instituo*. Tertius est, quando habebat plures filios, ex quibus putabat vnum esse mortuum, & simpliciter dixit, *Instituo filios meos hæredes*, non distingendo hunc, & illum, nec certum numerum eorum. Circa primum casum nulla in præsenti est quæstio, neque est dubium, quòd in terminis illius non extenditur institutio ad filium, quem testator se habere ignorabat, & quòd tale testamentum est simpliciter nullum, tam quoad institutionem, quàm etiam quoad legata & fideicommissa: & hoc est, quod aperiè disponit Ordinatio Lusitana *loco supra citato*, & docet etiam de jure communi Molina, cum alijs quos refert *d. disp. 175. num. 11.* Inter secundum & tertium casum, in quibus proculdubio præsens quæstio locum habet, non videntur distinguere aliqui ex citatis DD. at illos meritò distinguit Mantica, *d. tit. 2. num. 5. prope finem.*

90 Si ergo loquamur in secundo casu, veriorem credo secundam sententiam supra positam, scilicet, non censeri in eo institutum filium à testatore ignoratum, vt etiam videtur sensisse Mantica pro prima sententia allegatus, quatenus *num. 5. proximè citato*, in solis terminis tertij casus illam primam sententiam tuetur. Ducor, quia quando testator dicit, *Instituo hæredes filios meos Petrum, & Ioannem*, vel *Instituo duos meos filios*, omittendo prorsus alium tertium, quem ignorabat se habere, ex ipso loquendi modo suam voluntatem limitat, ac determinat ad illos duos filios: & licèt, si sciret, se tertium filium habere, illum etiam instituturus esset, tamen re ipsa voluntatem non habuit eum instituendi, nec illa determinata institutio aliorum filiorum vllum alium comprehendit: ergo per talem institutionem non debet filius ignoratus censeri institutus, etiam tacitè. Et hinc non vrget textus *in l. 3. Cod. de Inoffic. testament.* qui pro prima sententia affertur. Nam in casu illius legis mater prope tempus mortis sciebat se habere filium, quem cum alijs non instituerat, & ideo potuit præsumi, eam voluisse illum etiam instituere, & propterea non mutasse testamentum antea factum, quia repentino mortis casu impedita fuit. In præsenti autem casu ignoratio testatoris putantis se illum filium non habere, tollit præsumptionem, quòd voluerit illum instituere simul cum alijs filijs quos determinatè ad hæreditatem vocauit; cùm filius ignoratus ne in mentem quidem veniat ad ejusmodi effectus.

Si autem loquamur in tertio casu, qui 91
proprijssimè ad propositam quæstionem spectat, magis propendeo in primam sententiam, quæ tenet filium ignoratum censeri in eo casu institutum ex benigna interpretatione, & conjectura voluntatis testatoris. Moueor contrariâ ferme ratione, quia quando testator simpliciter, & indefinitè dicit, *Instituo hæredes filios meos*, non determinat, nec restringit institutionem ad certos filios quos se habere nouit, sed quasi in genere instituit hæredes omnes filios quos habet, & instituere debet; & ideo talis institutio etiam ignoratos comprehendit, cùm illi etiam institui debeant, vt testamentum valeat, & legum dispositioni satisfiat.

Cui sententiæ non obstant fundamenta, quæ pro secunda superiùs positâ in 92
contrarium adducta sunt. Ad primum desumptum *ex l. Siquis ita*, respondetur esse diuersam rationem in casu illius legis, quia datio tutelæ, licèt sit fauorabilis filijs testatoris, attamen respectu ipsius tutoris est odiosa, cùm contineat onus, *l. Tria onera, ff. de Excusationibus tutorum*: nec testamentum, aut ipsa datio tutelæ vitiatur ex eo, quòd illa non extendatur ad filium ignoratum: & ideo non opor-

oportuit ad illum extendi, ſed potiùs reſtringi ad filios quos teſtator ſciebat ſe habere, vt in *d. l.* ſtatuitur; inſtitutio autem nemini eſt odioſa, ſed ſimpliciter fauorabilis tam filijs, quàm ipſi teſtatori, & niſi extendatur vt comprehendat etiam filium ignoratum, ipſa, & totum teſtamentum corruit: ergo cùm verba quibus teſtator ſuos filios indefinitè inſtituit, talem extenſionem patiantur, ita fauore teſtamenti, & filiorum, ac ipſius teſtatoris accipienda ſunt, vt filium etiam ignoratum ex mente teſtatoris comprehendat. Adde hanc extenſionem neceſſariò admittendam eſſe, juxta eandem *l. Siquis ita*; ſiquidem in eo textu ſupponitur, valuiſſe dationem tutelæ reſpectu filiorum quos teſtator ſciebat ſe habere, quod non ſtat, niſi etiam filius ignoratus fuiſſet inſtitutus, cùm alioqui teſtamentum eſſet nullum ob vitium talis præteritionis, & conſequenter etiam datio tutelæ inutilis extitiſſet *l. Nemo, ff. de Teſtament. tutela, junctâ l Si filius qui in poteſtate, ff. de Liber. & poſthum.*

93 Ad ſecundum reſpondetur, in caſu propoſito, teſtatorem implicitè intendiſſe etiam filium ignoratum inſtituere, ſiquidem ponimus eum inſtituiſſe filios ſuos quaſi in genere, ſub quo genere etiam filius ignoratus continebatur: quando autem dicitur, quòd actus agentium non operatur eorum intentionem, intelligitur vltra eorum intentionem tam implicitam, quàm explicitam.

94 Ad tertium reſpondetur, quòd quando agitur, vt voluntas teſtatoris valeat, & ſuſtineatur, potiùs conſideratur id quod eſt in veritate, quàm quod eſt in opinione teſtatoris, *§. Siquis ſuam, Inſt. de Leg.* in præſenti autem caſu agitur, vt teſtamentum, & inſtitutio valeat: nec repugnat, quòd quis opinetur ſe tantùm habere duos filios, & nihilominus intendat inſtituere plures, quaſi ſub conditione, ſi fortè aliquem vel aliquos habeat quos putat ſe non habere.

95 Ad quartum denique reſpondetur, in primis nos hìc agere de teſtamento inter liberos, in quo ad inſtitutionem filiorum inducendam ſufficiunt conjecturæ, vt jam *ſupra, num. 79.* notauimus. Reſpondetur deinde, quando teſtator abſolutè, & in genere filios ſuos inſtituit, cenſeri inſtituere expreſſè quoslibet ſuos filios, & ſi putet ſe habere pauciores, quàm re ipſa habeat.

Dubitari etiam poteſt de extenſione 96
inſtitutionis de tempore ad tempus; ſed de hoc nihil in proprijs terminis reperio apud DD. qui ſolùm id tractant circa ſubſtitutionem directam; & communiter docent eam non extendi de tempore ad tempus. Sic Barth. *in l. 1. num. 15. ff. de Vulgari*, & alij innumeri quos refert eos ſequens Fuſar. *de Subſtitution. q. 33. numer. 1.* Vnde idem dicendum erit de inſtitutione. Neque in ea locum habet diſtinctio, quam Menochius *lib. 4. Præſumpt. 65. num. 4.* & alij apud ipſum, & apud Fuſar. *d. q. 33. num. 5.* admittunt in ſubſtitutione, vt ſcilicet quando tempus expreſſum à teſtatore ineſt tacitè, & neceſsitate ſubſtitutionis, vt quando diceret: *Si hæres à me inſtitutus, mihi præmoriatur, inſtituo Titium,* tunc ea ſubſtitutio extendatur ad tempus poſt mortem teſtatoris, ſi inſtitutus poſt illam decedat, hæreditate non adita: ſecus verò, ſi tempus expreſſum non inerat tacitè, ſed merè voluntariè fuit appoſitum. Hæc, inquam, diſtinctio non habet locum in inſtitutione; quia non eſt capax illius, vt conſideranti patebit.

SECTIO VI.

An hæredis inſtitutio vitietur ex incertitudine perſonæ inſtitutæ?

SUMMARIUM.

Statuitur pro regula quòd non valet inſtitutio, niſi ſit de perſona certa quæ vt certa à teſtatore demonſtretur, & de qua euidentibus ſaltem conjecturis conſtet eſſe eam, de qua teſtator ſentit; num. 97.

Quando teſtator vnum hæredem nominatim inſtituit, & ſunt plures ejuſdem

[illegible] ex pluribus, qui prior post mortem testatoris aliquid fecerit, [illegible] conditionem impleri [illegible]? num. 117.

Si [illegible] persona incerta de certis [illegible] futuro euentu certificanda [illegible] litatur [illegible], vnus [illegible] Petri, an talis institutio valeat? Item an valeat legatum [illegible]? num. 118.

[illegible] ita dictum esset; Instituo Paulum, vel Antonium *aut* Relinquo tale [illegible] Paulo, vel Antonio: *aut* Do tutorem hunc, vel illum, *vterque honoratus admittitur tanquam copulatiuè nominatus; num.* 119.

97 Regula [illegible] hac in re est, non valere institutionem, nisi sit de persona [illegible], quæ vt certa à testatore demonstretur, & de qua euidentibus saltem [illegible] probationibus constet esse eam, de qua [illegible] sensit. Sumitur *ex l. Quoties, §. Si quis nomen, in fine*, ibi: *Hæres institui, nisi vt certus demonstretur, nemo potest, ff. de Hæred. instit. & in l. In tempus, §. Quoties*, ibi: *Quoties non apparet, quis hæres institutus sit, institutio non valet, [illegible] ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatum, pro qua persona testator senserit, ff. eod. tit.* Vnde duo, copulatiue juxta hanc regulam postulantur ad valorem institutionis, & quod instituatur persona certa, & quod certò de illa constet, saltem per probationes indubitabiles. Erit autem sufficiens probatio per conjecturas, vt bene cum aliis docent Mantica, *lib. 4. de Conject. vltim. vol. tit. 6. ex num.* 2 & Menochius, *lib. 4. Præsumpt. 25. ex num.* 8. *per l. Quem hæredi*, ibi: *Quibusdam argumentis, ff. de Rebus dubiis.*

98 Ideirco quando testator vnum hæredem nominatim instituit, & sunt plures ejusdem nominis, ille intelligitur institutus, qui est sanguine conjunctus, aut magis conjunctus testatori, vt probat idem Menochius *num. 9. &* 10. quia illa sanguinis conjunctio sufficientem præbet conjecturam, testatorem de illo sensisse. Item si vnus specialem cum testatore habebat amicitiam, id etiam [illegible] ad hoc, vt de illo intelligatur institutus, vt bene cum aliis notat Mantica, *supra, num.* 2. & Menoch. *d. præsump. 25. num.* 12. Si autem contingat, vnum ex illis, de quibus dubitatur, esse tantum amicitia testatori conjunctum, alium verò cognatione, & sanguine, credo [illegible] eligendum esse institutum eum, qui est conjunctus sanguine; quia cæteris paribus præfertur, & censetur institutus, qui alterum exclusurus esset ab intestato, vt aliis propositis exemplis resoluunt idem Mantica, *num. 3. &* 4. & Menoch. *num.* 10. Hoc tamen intelligo, nisi ille, qui conjunctus est sanguine, esset inimicus testatoris, quia de inimico, cum sit odiosus, non censetur testator sensisse *l. Lucius Titius testamento; §. Lucius Titius Damam, ff. de Leg.* 2. Sumitur etiam in prædicto casu sufficiens conjectura, quando cæteris paribus vnus est indigentior alio, vt latiùs prosequitur Menochius *supra, num.* 15. Atque hæc omnia locum similiter habent in legato, vt quando relinquit, v g. Titio, & sunt duo qui eodem nomine vocantur, vt latè, & eruditè tractat Mantica, *lib. 8. de Conject. tit. 4. à num.* 4. & attigit Menochius *d. præsumpt. 25. num.* 8.

99 Quod si nulla ratione appareat, de quo testator senserit; tunc siue agatur de institutione hæredis, siue de legato, dispositio redditur nulla quoad effectum, vt communiter sentiunt DD. per text. *in l. Si ita fuerit*, 11. *& l. Si quis de pluribus, ff. de Rebus dubiis, & in l. 3. §. Si duobus, ff. de Adimend. legat.* Qui textus, licèt loquantur in legato, eadem est ratio, & juris dispositio in institutione hæredis, vt patet *ex d. l. In tempus, §. Quoties, ff. de Hæred. instit.* quod etiam probat text. *in l. Duo sunt Titii, ff. de Testament. tutela*, vbi idem decernitur in datione tutelæ, quando testator tutorem filiis dedit, & non constat de qua persona loquutus sit. Quare si dubitetur cuinam e duobus testator hæreditatem, vel legatum reliquerit, eo quod, pensatis omnibus, non apparet, de quo illorum senserit, neutri juxta

præ-

prædicta jura, & communem DD. debetur. Quod si opponas textum *in l. Siquis seruum, S. §. Si inter duos, ff. de Leg. 2.* vbi dicitur, quod quando inter duos dubitatur de eodem legato, cui potius dari oporteat, & ambo illud petunt parati hæredem defendere, debet hæres eligere, cui soluat, vt ab eo defendatur, Respondet Glossa ibi, *verbo, Debere, & in d. l. 3. §. Si duobus, verbo, Vtrique, ff. de Adimend. legat.* Barth. *in d. l. Siquis seruum, §. Si inter duos, num.* 1. & alij, verbum, *Debet*, poni in eo textu pro verbo, *Potest*; id quod apertè sumitur ex terminis ejusdem textus, vbi casus proponitur, quandò illi duo, de quibus dubitatur, petunt legatum, & hæres soluere paratus est.

100 Sed quid, si ex illis duobus vnus tantùm petat, alter verò taceat, vel etiam juri suo renuntiauerit? Respondet Bartholus *loco proximè citato*, & ex eo Mantic. *lib. 8. de Conject. tit. 4. sub num.* 3. & Menoch. *lib. 4. præsumpt. 25. num. 8. fine*, etiam in hoc casu non deberi legatum ei qui petit; quia petens legatum debet probare sibi relictum esse, *l. Lucius Titius, §. penult. ff. de Leg. 2.* Neque admittitur ad fideicommissum, nisi qui docet se inuitatum, Glossa *l. Qui duos, in princip. verb. Superstes, ff. de de Reb. dub.* is autem non probat sibi relictum esse tale legatum, cùm, vt supponimus, non constet, quod illi potiùs, quam alteri relictum sit; & ita potest hæres se defendere excipiendo aduersus illum, quod probare debeat, testatorem de eo sensisse.

101 Contra hæc tamen insurgit acriter Molina Theol. *d. sp. 197. num. 2.* vbi contendit, quod quando inter duos, vel plures dubitatur, cuinam illorum relictum sit legatum, tale legatum est validum, & debet diuidi inter eos, atque judicandum esse, non solùm in foro conscientiæ, sed etiam in foro externo, non obstante, quod oppositum jure Ciuili constitutum sit, & communiter videatur receptum. Sequitur C[illegible]s Lugo *tom. 2. de Iust. disp. 24. q[illegible] est de testamentis, sect. 9. §. 2. e[illegible] num. 25[illegible]* Ducuntur, quia dictæ leges non statuunt illud legatum [illegible] non valere, ex eoquod [illegible] quibus dubitatur, habeat [illegible] lud, sed quia vterque [illegible] ex qua constet, testatorem d[illegible] vt patet ex *d. l. Duo [illegible] Titij, ff. de [illegible] tament. tutela*, [illegible] *Is d[illegible]* [illegible] testator) *Quem d[illegible]* [illegible] *non apparet, non jus d[illegible]ficit,* [illegible] *igitur neuter est [illegible]tor.* N[illegible] Ju[illegible] sulti, ex quorum placitis prædictæ leges conscriptæ sunt, intenderunt [illegible], aut mutare quod ipsa rei natura [illegible], sed tantùm declarare, quid ratione [illegible] rali conformius vid[illegible], vt satis [illegible] uit Vlpianus *in dict. l. Si [illegible]* *Reb. dub.* vbi p[illegible] similibus resoluit his ve[illegible]: *Et verius est in his omnibus etiam legata, & libertates impediri.* In quo profectò, vt homines errare potuerunt. Et quidem errasse in præsenti, potiùsque debere secundum rectam rationem prædictum legatum diuidi inter eos, de quibus dubitabatur, cui relictum sit, [illegible], quia quando constat [illegible] pertinere ad vnum ex duobus, & dubium est ad quem illorum spectet, debet diuidi inter illos, si neuter illam possidet: in præsenti autem certo constat, legatum pertinere ad vnum de illis duobus, inter quos dubitatur, cui relictum sit, cùm vnus eorum habeat reipsa jus ad illud vt ipsi Jurisconsulti admittunt: ergo debet diuidi inter illos. Minor, & consequentia patent; maior ab omnibus [illegible]ittitur; ac prætereà ostenditur ratione; quia quando scis, rem esse alienam, & ignoras cujus sit, teneris eam expendere juxta præsumptam voluntatem domini, quo pacto resoluunt c[illegible]iter DD. inuenta, quorum dominus sciri non potest, debere expendi in pauperes, vel alia pia opera, eoquod ea præsumatur esse domini voluntas. In præsenti autem voluntas ejus, ad quem reipsa legatum spectat, præsumitur esse, vt illud diuidatur inter ipsum, & alium, de quo fuit dubitatur, an ei relictum sit: cum [illegible]atione, vt quisque eorum se ex[illegible], periculo amittendi reliquas partes [illegible] res ad ipsum

ipsum pertinebat, sic etiam, si sua non erat, reportat lucrum alicujus partis; quòd vtique vero domino talis legati multò vtilius est, quàm eo in solidum priuari; & quilibet præsumitur velle, quod sibi est magis vtile.

102 Hæc sententia, quatenus prædictarum legum, & Jurisconsultorum, quorum sunt responsa, auctoritatem contemnit, mihi valde displicet, & prorsus improbanda videtur, non solùm quòd in leges per tot anteacta secula inconcussas, & ab omnibus receptas, non debuit vnius vel alterius moderni Theologi, quantumuis grauissimi, calamus distringi; sed præcipuè, quia leges omnes, ac præsertim in corpore juris insertæ, exceptis paucis, quæ per sacros Canones reprobatę sunt, & si aliquid durum decernant, non sunt damnandæ, sed benigna interpretatione molliendæ, si eam patiantur, sin minus tolerandæ, juxta illud, quòd habetur *in leg. Prospexit, 12. ff. Qui, & à quibus manumissi*, ibi, *Quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est.*

103 Nec satisfaciunt pręcitati DD. asserendo, in prædictis legibus solùm contineri placita, seu responsa Jurisconsultorum, qui tantummodo explicabant, quod sibi videbatur rationi conformius, nec (vt Lugo addit *num.* 251.) legem condere poterant; quasi illa responsa accipienda sint tanquam opiniones priuatorum DD. à quibus si falsæ, aut minus veræ judicentur, recedendum est. Per hoc, inquam, non satisfaciunt, imò magna in hoc dicendi modo est deceptio. Nam licèt illi Jurisconsulti magistratum non gererent, tamen publicam ab Imperatoribus auctoritatem obtinuerunt ad dicendum de jure, vt constat ex *l. 2. ad finem, vers. Primus Diuus August. ff. de Orig. juris, & ex §. Responsa prudentum, Inst. de Iure gentium, vers. Quibus à Cæsare jus respondendi datum est*; qui Jurisconsulti appellabantur; quorum omnium sententiæ, & opiniones eam auctoritatem obtinebant, vt judici recedere à responsis eorum non liceret. Idque postea confirmauit Justinianus Imperator *in l. 2. in fine, Cod de Vetere jure enucleando*, vbi tam nouas suiCodicis, & Institutionum, quàm veteres Pandectarum, seu Digestorum leges, quæ fere omnes sunt responsa Jurisconsultorum, ratas habet, & constituit vt perpetuo valeant, atque à judicibus obseruentur. Quare leges, de quibus loquimur, quæ decernunt non deberi legatum, de quo est dubium cui ex duobus relictũ sit, publicam habent auctoritatem, licèt tantummodo sint responsa Jurisconsultorum suam opinionem explicantium; atque juxta illas judicandum est in foro externo, itaut si neuter ex illis duobus probet sibi esse relictum legatum, neutri adjudicetur, & hæres à tali petitione absoluatur. Vnde non admitto, imò falsam simpliciter existimo prædictam Molinæ, & Lugonis sententiam, quatenus neque in foro externo ita judicandum censent.

In foro autem interno probabilius censeo, teneri hæredem in proposito casu diuidere legatum inter eos, de quibus est dubium cui relictum sit, vt prædicta sententia affirmat; quod etiam tenent Bened. Ægydius *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. p. initio num. 39. vers. Partibus autem* Joannes Valerus, *verbo, Legatum, differentia, 5. num. 2.* & Diana *resolut. moral. p. 2. tract. 5. Miscellaneo, resolut. 58.* Idque tantùm probat ratio superiùs adducta ex eo quòd in prædictis legibus solùm contineatur, impediri ejusmodi legatum ob defectum probationis: quæ ratio solùm tollit valorem pro foro externo, in quo non nisi ex legitimis probationibus agitur: manente autem valore talis legati in foro veritatis & conscientiæ, succedit recepta Theologorum sententia, quòd vbi constat rem aliquam pertinere ad vnum ex duobus, vel pluribus, & dubitatur quis sit, debet diuidi inter eos. Quòd si illi non consentiant, vt legatum inter ipsos diuidatur (quod vix continget) credit Ægydius *supra num.* 40. adhuc in eo euentu non posse hæredem legatum retinere, sed teneri in foro conscientiæ illud expendere in pauperes, vel alia pia opera. Valerus autem, *supra* oppositum censet, & meritò; tum quia, si neu-

nentrer consentir, vt pars legati detur alteri habenti æquale jus dubium, multò minus præsumetur velle, vt totum distribuatur in pauperes: rum præsertim, quia dũ neuter illorum quiescit, meritò potest hæres timere, ne aliquis eorum aliqua tãdem ratione probet, testatorem de ipso sensisse, & sic cogatur ei soluere: quare meritò potest legatum retinere, vt se indemnem tueatur.

105 Quando autem vnus ex dictis legatarijs dubijs juri suo in alterius fauorem renuntiasset, siue gratis, siue accepto pretio, crediderim quod etiam in foro externo debet hæres obligari ad legatum ei soluendum, in quem renuntiatum est. vt cum Cumano sentit Ægydius, *supra numer.* 38. idque licèt ad[illegible]amus, quod seclusa tali renuntiatione, neque in foro consci[illegible] obligatur hæres ad tale legatum soluendum. Quia si fortè prædictæ leges voluerunt, vt dictum legatum omnino impediretur, & haberetur tanquam simpliciter nullum ob defectum probationis (quod non est improbabile) ideo fuit, quia si legatum ex toto, aut ex parte solueretur alicui, de quo non certò constaret ei esse relictum, periculum esset, ne fortè aliquis testatori odiosus legatum obtineret contra ejus voluntatem, quod in jure censetur absurdum, *l. Lucius Titius testamento*, 90. *§. Lucius Titius Damam, ff de Leg.* 2. Hæc autem ratio cessat in casu proposito: nam cùm ponamus, certò constare legatum fuisse relictum vni ex illis duobus, & solùm dubitari, vtri sit relictum: vel illud in rei veritate relictum est ei, in quem alter renuntiauit, & sic impletur voluntas testatoris: vel relictum est ei, qui renuntiauit, & in hoc etiam casu ille, in quem renuntiatum est, legatum petit juxta voluntatem testatoris, quia petit nomine veri legatarij, qui jus suum in eum cessit; quemadmodum quãdo certò constaret, legatum fuisse tibi relictum, & jus tuum mihi cederes, ego legitimè tale legatum peterem juxta testatoris voluntatem, qui legando, non tibi posuit onus, ne posses legatum alteri dare.

Nec dicas, quòd vt hæc renuntiatio foret efficax, opus erat vt certò constaret de jure renuntiationis, quod in præsenti casu non constat. Nam respondeo, cessionarium in hoc casu non petere nomine cedentis præcisè, quasi solo jure ab eo accepto vti velit, sed indifferenter vel suo, vel cedentis nomine; quæ petitio nititur jure certo, & indubitabili, ex eo quòd certum sit legatum alteri eorum fuisse relictum; quia si relictum est ipsi petenti, is petit jure proprio, & si fuit relictum cedenti, petit jure illius: & ita semper agit ex jure certo. 1c.

Ex quibus venit explicandus Bartholus, & alij *supra, num.* 100. adducti, asserentes non deberi legatum, quando dubitatur, cui ex duobus relictum sit, etiam si vnus ex eis non petat, vel juri suo renuntiauerit. Intelligendi enim sunt in casu, quo vnus renuntiauit in fauorem hæredis, nolendo legatum ab eo exigere, sed potiùs remittere, si quid juris ad illud habeat. In quo euentu illa Bartholi, & aliorum sententia procedit, & vera est non tantùm pro foro externo, sed etiam pro interno, vt tunc non teneatur hæres soluere totum legatum alteri petenti, neque aliquam ejus partem, cùm maneat sub dubio, an ei relictum sit; & in tali dubio melior sit conditio hæredis possidentis, cui alter suum jus dubium cessit. Vnde etiam è contra, si vnus ex illis duobus legatarijs dubijs sit in possessione, quia antequam dubium suboriretur, hæres ei soluit, non tenebitur legatum restituere, etiam quoad partem, quantumuis alter legatarius petat, vel in ipsum hæredem suũ jus renuntiet; cùm in tali dubio ei suffragetur possessio bonæ fidei, à qua dejici non potest, dum alter non probauerit legatum sibi fuisse relictum, & ad se spectare. 10

Placet etiam, quod aduertit Lugo *d. disp.* 24. *num.* 253. superiorem doctrinam de legato diuidendo inter eos, de quibus dubitatur vtri relictum sit? non habere locum in ijs legatis, & dispositionibus, in quibus vnus non potest jus suum alteri cedere: vt si Sticho seruo legata sit libertas, 1c3

tas, & sint duo Stichi, nec constet de quo testator senserit, neutri libertatem competere, etiamsi vnus jus suum alteri cedat, habereque locum in hoc euentu, quod deciditur *in d. l. Si ita fuerit, & in l. Siquis de pluribus, ff. de Reb. dub.* quæ dicunt, tale legatum non valere: siquidem neque libertas diuidi potest, neque alter potest jus suum ad libitum in alterum seruum transferre. Item si dubitetur, cui ex duobus tutela filiorum commissa sit à testatore, neutrum esse datum tutorem, vt decernitur *in d. l. Duo sunt Titij, ff. de Testament. tutela*, quia jus tutelæ non potest diuidi, nec cedi in eum, de quo testator non sensit. Et ita de similibus.

109 Omnia prædicta, quæ in legatis disputantur, locum cum proportione habent in institutionibus, in quibus quoad præsens institutum eadem est ratio & juris dispositio, atque in legatis, vt aduertit Bartholus *in l. Quidam relegatus, num. 3. ff. de Reb. dub.* Quando itaque dubium fuerit, cui è duobus hæreditas fuerit relicta, debet hæres ab intestato in foro conscientiæ ab illa abstinere, vt diuidatur inter eos, de quibus dubitatur. Si autem vnus eorum juri suo renuntiet, cedendo illud alteri, tunc illi cessionario integra hæreditas debetur in vtroque foro. Et si contingat vnum ex eis illam bona fide occupasse, & possidere, antequam dubitaretur an alteri fuisset relicta, tunc is possessor non tenetur eam, etiam quoad partem, alteri dimittere; quia possessor, qui cœpit possidere bona fide, non tenetur rem dimittere propter dubium superueniens. Si verò cœpisset possidere, existente jam dubio, non juuaretur possessione ad totam hæreditatem retinendam, sed teneretur eam diuidere, perinde acsi non possedisset. Idemque est de hærede ab intestato, si eam occupasset ex renuntiatione in ejus fauorem ab altero illorum duorum factâ. Quæ omnia constant ex supra dictis, & ex generali doctrina de possessore bonæ fidei, cui dubium superuenit an res esset aliena? De quo latè, & eruditè Sanch. omninò videndus *lib. 2. de Matrim. disp. 41. à num. 12.*

Adhuc tamen circa dictum articulum de ambiguitate personę, cui hæreditas, vel legatum relictum est, restat explicandum, quid dicendum sit, quando tale legatum est pium; vt quando relictum est vni Ecclesiæ, & non constat de qua testator senserit? Ad hoc autem facilis est responsio ex decisione Imperatoris *in Authentico, de Ecclesiasticis tit. §. Siquis in nomine*, quæ sic habet: *Siquis vnũ sanctorum hæredem scripserit, aut legatum ei reliquerit, & non specialiter nominauerit locum, in quo est venerabilis domus, inueniantur autem in eodem loco, aut ciuitate plura Oratoria ejusdem Sancti, illi magis domui, quæ pauperior est, quòd relictum est, præbeatur: si autem non est in ciuitate Basilica nominati Sancti, inueniatur autem in territorio ejus* (scilicet testatoris) *illi detur: si autem neque in territorio ejus reperitur ejusmodi domus, tunc Ecclesiæ ciuitatis, in qua testator domicilium habuerit, quòd dimissum est præbeatur.* Ex quo textu, & ex conjecturata mente testatoris resoluunt communiter DD. quòd in proposito casu, debet relictum dari Ecclesiæ pauperiori. Addit tamen non immeritò Molina *d. disp. 197. num. 3.* cum Panormitano, & Couar. id non procedere, quando ex cõjecturis apparet, de qua Ecclesia testator sentit, vt si vna erat in ejus Parochia, vel frequentiùs in ea solebat orare, aut habebat in ea suum sepulchrum, aut quando de ea loquebatur nullam peculiarem notam addere consueuerat, cũ cæteras ejusdem nomenclaturæ, non nisi cum aliquo speciali addito soleret nominare; vel similes pro ea essent conjecturæ: tunc enim de ea intelligendum est testatorem sensisse, licèt pauperior non sit, 110

Si autem vtraque Ecclesia esset æqualiter diues, neque ex conjecturis, vel alia ratione appareat, de qua testator loquutus sit, etiam in hoc euentu conueniunt DD. valere illud relictum, nihil obstantibus supra citatis legibus, quibus contrarium in relictis non pijs constitutum est. Cujus resolutionis optimam rationem tradit Ægydius *in* 111

l. 1. *Cod. de Sacrof. Eccles.* 1. *p. initio num.* 36. quia principale intentum testatoris fuit consulere bono animæ suæ, quòd optimè consequi potest, licèt non constet, cui Ecclesiæ reliquerit; siquidem cuicumque illa bona dentur, opus est pium, & animæ testatoris proficuum;& ideo ob Ecclesiæ incertitudinem non debet tale relictum perire, vt satis per se constat, & apertè colligitur *ex d. §. Siquis nomen, Auth. de Ecclesiasticis tit.* Non constat autem inter DD. quomodo ejusmodi relictum in casu dictæ ambiguitatis implendum sit? Multi, inter quos Ægydius *supra, num.* 48. Sanch. *tom.* 2. *Opusc. lib.* 4. *cap.* 2. *dub.* 8. *num.* 2. & Diana 2. *p. tract.* 5. *Miscellaneo, resolut.* 58. qui alios referunt, sentiunt posse Episcopum eligere quamlibet ex illis Ecclesijs, inter quas est dubium, cui legatum sit relictum. Ad quod videtur facere text. *in d. l. Siquis seruum* §. *Si inter duos, ff. de Leg.* 2. Alij tamen probabiliùs docent debere tale relictum diuidi inter eas Ecclesias; quia id æquitas, & naturalis ratio postulat, vt ex supradictis constat. Ita relatis alijs sentiunt Mantica, *lib.* 8. *de Conject. tit.* 6. *num.* 14. Molin. *disp.* 197. *fine*, & Lugo *d. disp.* 24. *num.* 254. & facit quod tradit Sanch. *lib.* 2. *de Matrim. disp.* 41. *numer.* 16. vbi docet quòd in dubio, ad quem ex duobus res aliqua pertineat, si neuter possidet, tenetur judex eam inter illos diuidere:& si res sit indiuidua, quòd debet, vel dari per sortem vni eorum, vel dari vni rem, & dimidium æstimationis alteri.

112 Diximus hactenus, quid sentiendum sit, quando instituta est persona certa, at incertum est de qua testator sensent: superest vt aliquid etiam dicamus circa dispositionem, qua testator hæredem instituit personam sibi incertam. Licèt enim regula sit, quod institutio non valet, nisi sit de persona certa, quæ vt certa demonstretur, vt supra *num.* 67. statuimus per text. *in l. Quoties, §. Siquis nomen in fine, ff de Hæred. instit.* attamen hæc regula suas limitationes, & explicationes patitur, quæ omittendæ non sunt. Tripliciter ergo contingere potest, vt testator incertam personam instituat. Vno modo instituendo personam penitus incertam, nullo futuro euentu declarandam, vt si dicat: *Instituo hæredem quemdam hominem.* Alio modo instituendo personam incertam, aliquo tamen futuro euentu certificandam, vt dicendo, *Quisquis primus ad funus meum venerit, hæres esto:* vel, *Hæres esto, qui consobrinam meam duxerit*, aut quid simile. Tertiò modo instituendo personam incertam de certis, quæ nullo futuro euentu certificāda sit, vt si diceret, *Instituo vnū de fratribus meis*, vel, *vnū de filijs fratris mei.*

Si primo modo fiat institutio, procedit 113 regula supra posita, quòd talis institutio non valeat. Et ita docet Barth. *in l. Quidam relegatus, num.* 3. *ff. de Reb. dub.* Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 25. *num.* 2. & communis sententia *per d. l. Quoties, §. Siquis nomen, in fine.* Idemque est in legatis, si personæ penitus incertæ relinquantur. Quod tradit idem Barthol. *num.* 1. *vers. Primò casu,* & omnes. Aduerte autem si legatarius, vel fideicommissarius grauetur legato, nullâ designatâ personâ cui dari debeat, tale legatum valere tanquam relictum personæ certæ, quia intelligitur, quòd debet dari hæredi, vt si testator dicat: *Lego meas ædes Titio, quem jubeo dare centum:* illa centum intelliguntur relinqui, vt soluantur hæredi talis testatoris. Ita Bartholus, *proximè citatus* per text. *in l. Qui pecuniam, ff. de Statu liber.* & Mantica id ampliùs declarans *lib.* 8. *de Conject. tit.* 4. *num.* 16. Vnde generaliter colliges, quòd licèt non valeant relicta personis incertis, hoc debet intelligi, nisi ex conjecturis incertitudo declarari possit, vt monet Mantica, *d. tit.* 4. *num.* 19. *fine*, & latiùs Menoch. *d. præsūpt.* 25. *n.* 19.

Cessat etiam superior resolutio in institutionibus, & legatis pijs. Hæc enim va- 114 lent, licèt nulla certa persona, vel pius locus designatus sit à testatore, vt si testator dixit, *Se relinquere bona sua Ecclesiæ*, non designando hanc, vel illam: vel jussit vt distribuerentur in pauperes, vel pro anima sua. Ita cum

receр-

receptissimâ sententia Mantica, *lib. 4. de Conjectur. tit. 6. num. 7. & lib. 8. tit. 4. numer. 3. & vlt.* Menoch: *lib. 4. præsumpt. 25. fine, & præsumpt. 107. numer. 14.* & plures alij quos congerit Tiraquel. *tract. de Priuileg. piæ causæ, priuileg. 56.* Et quidem quando hæreditas vel legatum fuit simpliciter relictum Ecclesiæ, intelligi debet relictum Ecclesiæ ejus ciuitatis, in qua testator habebat domicilium, vt relatis plurimis tradit contra nonnullos Mantica, *d. lib. 8. tit. 6. num. 4.* Quando autem relictum est pauperibus, debent similiter intelligi pauperes domicilij, nisi testator electionem eorum commisisset executori testamenti, ut latè rem hanc edisserit idem Mantica, *tit. 5.* & Sanch. *tom. 2. Opusc. lib. 4. cap. 1. dub. 60.*

115 Quæri hìc posset, an valeat, vtilisue foret institutio, qua quis omnes homines de mundo hæredes institueret? At cùm talis institutio videatur ridicula, neque cogitari possit, quòd vnquam in facto contingat, nisi fortè in testamento alicujus insani, non est cur in ea immoremur. Hinc tamen quæstionem in vtramque partem disputat Anton. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 2. num. 2.* vbi pro parte negatiua, quam sequitur, refert Glossam *in §. Et vnum, Inst. de Hæred. instit.* Bartholum, & Aretinum, & plures alios. Illum curiosi consulant, si velint.

116 Si autem institutio fiat secundo modo, idest, in persona incerta, quæ ex aliquo futuro euentu venit certificanda, valida est talis institutio, vt resoluit Barthol. *in d. l. Quidam relegatus, n. 3. vers. Aut continet vnum, ff. de Reb. dub.* per eum textum, *juncta l. Si seruus, §. Hujusmodi, ff. de Legat. 1.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 25. n. 17.* & reliqui omnes teste Parisio *cons. 3. num. 12. lib. 3* Quod similiter in legatis benè docet Mantica, *lib. 8. de Conject. tit. 4. num. 18.* & Ægydius *in l. 1. Cod. de Sacros. Eccles. 1. p. initio, num. 32.* idest, sufficere in eis, quòd legatarius ex futuro euẽtu fiat certus; quia paria sunt, quòd relicta sint certa ab initio, & quòd postea reddantur certa, vt bene Oldradus *cons. 61. n. 3.* Nec obstat, quòd olim non valebant vlla legata relicta personis incertis, etiam ex futuro euentu certificandis, vt constat *ex §. Incertis, Inst. de Legat.* Nam hoc sublatum est à Justiniano per peculiarem constitutionem, cujus ipse meminit *in §. Sed nec hujusmodi, Inst. eod. tit.* Licèt autem hodie talia legata valeant, attamen manent suspensa, donec persona signato euentu demonstretur, vt dicit idem Ægydius, *supra.* Et idem cum proportione dicendum in institutionibus.

Quando verò aliquis hæreditatem, vel legatum reliquisset vni ex pluribus, qui prior post mortem ipsius testatoris Capitolium, v. g. ascenderit, vel monumentũ fecerit, si contingat eam conditionem impleri simul à duobus, talis dispositio impeditur, & redditur inualida, vt expressè habetur in *l. Si ita fuerit, 11. ff. de Rebus dub.* Nec audiendi sunt Molina *d. disp. 197. num. 2.* & Lugo *d. disp. 24. num. 251. vers. Porro illos,* qui asserunt eam legem esse nullam, vtpote responsum cujusdam Jurisconsulti, quem dicunt in tali resolutione deceptum fuisse, dicendumque potiùs esse, quòd in eo euentu debet relictum diuidi inter eos, qui æquè primò conditionem impleuerunt. Quem dicendi modum jam satis in superioribus, *num. 102. & seq.* impugnauimus. Vnde saltem in foro externo debet tale relictum judicari inualidũ: nam hoc ad minimum dicta L. probat. 117

118 Si denique institutio tertio fiat modo, idest, instituendo incertum de certis, qui non veniat certificandus Barthol. *in d. l. Quidam relegatus, num. 3. vers. Aut persona non venit,* docet eam institutionem valere, per text. *in l. Vter ex fratribus, 23. ff. de Condit. institution.* & alia jura, & *n. 1. vers. Tertio casu,* idem affirmat de legato similiter relicto, per text. *in l. Si seruus, §. Hujusmodi, ff. de Leg. 1.* Sed hoc secundum meliùs tradit, & probat Mantica, *de Conjectur. lib. 8. tit. 4. num. 14.* per text. *in l. Siquis Titio, 18. §. 1. ff. de Leg. 2.* vbi habetur, quòd si hæres grauatus esset dare decem vni ex liberis, & testator non constituerit, cui daret, hæres omnibus eadem decem

præstare cogendus est, & per text. *l. Vnum ex familia, 69. §. Rogo, ff. eodem*, vbi si hæres grauatus dare vni ex libertis, quem elegerit, moriatur, nullo eorum electo, omnes, qui superstites reperientur, illud fideicommissum petere possunt. Qui textus hoc ipsum à paritate rationis probant in institutionibus, & prædictam Bartholi sententiam valde confirmant. Nonnulli tamen quos refert, & sequi videtur Menochius *lib.4. præsumpt. 25. numer.* 18. *& præsumpt.* 107. *num.* 11. contrarium affirmant, scilicet tales dispositiones non valere, & Socinus relatus à Menochio *d num.* 11. loquens de legatis ait, stare in hoc cōmunem sententiam contra Bartholum. In quo immorandum non censeo.

Illud tamen aduerto, quando ambi-
119 guitas personæ honoratæ solùm insurgeret ex eo quod testator ita dixisset: *Instituo hæredem Paulum, vel Antonium*: aut *Relinquo tale legatum Paulo, vel Antonio*: aut *Do tutorem hunc, vel illum*: vtrumque honoratum admitti tanquam copulatiuè nominatum, vt expresse constituit Imperator *in l. Cùm quidam, 4. C. de Verbor. & rerum signif.* & notat quoad institutionem Mantica, *lib.4. de Conject. tit.3. num.19.*

SECTIO VII.

Vtrum institutio hæredis vitietur ex errore testatoris circa personam institutam?

SUMMARIUM.

Tribus modis potest testator errare circa personam hæredis, in nomine, in qualitate, & in substantia personæ, num 20.

Si testator solùm erret in nomine hæredis, vel in eius patre, aut patria, similiue demonstratione, non vitiatur institutio, si de persona constat, num, 121.

Si testator erret in qualitate hæredis, vel legatarij continente causam Finalem, seu motiuam institutionis, vel legati, redditur dispositio nulla: secus autem si solùm erret in qualitate continente causam Impulsiuam; num. 122.

Vnde iudicandum sit, quòd qualitas, in qua erratum est, fuerit reuerà causa Finalis dispositionis, vel solùm Impulsiua? num. 123.

Quando testator aliquem instituit hæredem, vel legatum ei reliquit, ob consanguinitatem, vel affinitatem, talis qualitas censetur causa Finalis dispositionis, qua non subsistente corruit dispositio, nisi testator solùm erret in gradu cognationis, putando institutum esse remotiorem, cùm esset proximior, numer. 124.

Quid, si testator instituit filium legitimatum vt legitimum, cùm legitimatio fuerit nulla? vel adoptiuum, aut arrogatum, cùm adoptio, vel arrogatio non valuerit, vel instituit vxorem credens esse legitimam, cùm postea apparuerit matrimonium cum ea fuisse irritum? num. 125.

Si pater instituat filios credens esse procreatos ex legitimo matrimonio, talis institutio valet, licèt postea appareat, matrimonium fuisse nullum, ibidem.

Quoties institutio propter errorem testatoris in qualitate filiationis, vel simili non valet, si institutus sit grauatus fideicommisso, censentur grauati hæredes ab intestato, conditione impleta, num. 126.

Quando testator instituit, aut legauit sub conditione de præterito, vel præsenti, vt dicendo: Instituo fratrem meum, si est conjugatus, *talis conditia continet causam Finalem, qua deficiente, non valet dispositio*, num. 127.

Quid, quando testator legauit, aut instituit hæredem sub modo, qui ab honorato impleri non poterat, nisi esset præditus certa qualitate, quam credebat eum habere, vt si legauit ei, quem credebat esse sacerdotem, vt pro anima sua diceret aliquas missas? num. 128.

Quando testator in præfatione institutionis apposuit causam, cur talem hæredē ins-

instituerit, ea causa censetur Finalis, ita ut ea non subsistente, corruat institutio; num. 129.

Si testator instituit proprium seruum credens esse liberum, institutio vitiatur; num. 130.

In dubio, an causa, quam testator, vel alius disponens, habuit ad disponendum fuerit Finalis, aut solùm Impulsiua, censeri debet Impulsiua; num. 131.

In dubio de valore actus, judicandum potiùs est in fauorem actûs, vt magis valeat, quàm pereat, nisi fortè quando ageretur de valore dispensationis; numer. 132.

Si testator erret in persona, quam hæredem instituit; non valet institutio respectu ejus, qui per talem errorem scriptus est, nec respectu ejus, quem testator volebat instituere; num. 133.

120 PRænotandum est, tribus modis posse testatorem errare circa personam hæredis. Vno modo in nomine, vt si volens instituere fratrem suum, qui appellatur Petrus, dicat se instituere fratrem suum Paulum. Alio modo in qualitate, vt si instituat, quem putabat esse suum filium, vel consanguineum, cùm esset extraneus. Tertiò denique modo in substantia ipsius personæ, vt si credendo sibi esse præsentem quemdam suum fratrem, cùm esset alius ei similis, diceret: *Instituo hunc meum fratrem, quem præsentem habeo.*

121 His prænotatis, si testator solùm erret primò modo, idest, in nomine hæredis, talis error non vitiat institutionem, si de persona constat. Ita Mantic. *lib. 4. de Conject. vlt. vol. tit. 5. n.* 1. estque explorati juris; quia nomina significandorum hominum gratiâ reperta sunt, qui si alio quouis modo intelligantur, nihil refert quòd erratum sit in nomine *l. Si in nomine, C. de Testam. §. Siquidem in nomine, Inst. de Leg.* Qua ratione si in patre, vel patria hæredis, vel alia simili assumptione falsum scriptum sit, dum de eo, qui demonstratus est, constet, institutio valet, *l. His verbis, §. vlt. ff. de Hæred. instit.*

Si verò erret secundo modo, nempe in qualitate personæ, rursus est distinguendum: nam vel errat in qualitate continente causam Finalem, seu motiuam dispositionis, idest, qua disponens principaliter mouetur, ita ut si intelligeret, eam non subsistere, talem dispositionem non faceret: vel solùm in qualitate continente causam Impulsiuam, qua scilicet disponens minus principaliter ad actum impellitur, ita ut licèt sciret, eam non subesse, actum nihilominus efficeret, quanuis non tam facilè, & spontaneè. Si errat in qualitate continente causam Finalem, concors omnium sententia est, vitiari & reddi nullam institutionem, & legatum, cui talis error causam præbuit: secus verò si solùm erret in qualitate causam Impulsiuam continente. Ratio prioris est, primò, quia in omnibus dispositionibus gratuitis, qualis semper est institutio hæredis, & legatum, inuoluitur, saltem tacitè, conditio, si subsistat causa Finalis, propter quam fiunt; cùm hæc pertineat ad intrinsecam rationem, & specificationem actus, quem disponens intendit. Nō subsistente autem conditione, sub qua fit dispositio, ipsa etiam dispositio non subsistit. Secundò, quia causa Finalis in ejusmodi dispositionibus est formale, & principale objectum, in quod voluntas disponentis principaliter fertur, & quo adæquatè nititur ad gratificandum alteri: error autem circa tale objectum est substantialis, & tollens simpliciter voluntarium necessarium ad valorem actus, cùm illud non subsistat sublato fundamento, seu objecto, quo voluntas nititur. Alia pars de causa Impulsiua constat contrariâ ratione; quia cùm sublatâ eâ causâ, dispositio nihilominus fieret, non est conditio, sine qua non; neque voluntas disponentis in ea simpliciter nititur; ac proinde quòd disponens falsò existimet eam subesse, talis error non tollit voluntarium ad valorem dispositionis necessarium. 122

123 Difficultas verò est in dignoscendo, & assignando, quando qualitas, in qua erratum est, fuerit reuerà causa Finalis, &

& motiua dispositionis; & quando solùm Impulsiua? Qua in re mihi placet generalis regula, quam ex multis DD. affert, & approbat Sanch. *lib.* 8. *de Matrim disp.* 21. *num.* 19. loquendo de qualitate præbente causam dispensationibus, & concessionibus Principum, vt nimirum illa in casibus occurrentibus censeatur esse causa Finalis, quę ex jure, vel consuetudine talis haberi solet; si autem de jure, vel consuetudine non constet, id prudentum arbitrio relinquatur. Vt autem maior lux huic rei afferatur, ponamus aliquos casus, in quibus communiter censetur causa esse Finalis, itaut si ea sit falsa, non valeat institutio, neque legatum: & inde ad similes casus fieri poterit argumentum.

124 Primus casus est, quando testator ob consanguinitatem, vel affinitatem aliquē instituit hæredem, vel legatū ei reliquit. In hoc casu qualitas consanguinitatis, vel affinitatis censetur causa Finalis talis dispositionis: vnde eâ non subsistente, ipsa etiam dispositio corruit. Ita cum Barthol., & multis alijs Mantica, *lib.* 4. *de Conject. tit.* 5. *num* 3 & Menoch *lib.* 4. *Præsumpt.* 24 *sub num.* 5. per text. *in l. Si pater tuus, & l. Nec apud, Cod. de Hæred. instit. & in l. Neque professio, Cod. de Testament.* Vnde notant speciatim ijdem DD. institutionem factam de vno, quem testator credebat esse suum filium, si deinde constet, filium ejus non esse, omnino corruere, & similiter siquis sit institutus tanquam frater, cùm frater non sit, vel tanquam nepos, cùm eam conjunctionem cum testatore non habeat. Idemque est si erretur in gradibus remotioribus; quia vt aduertit Menochius *supra*, nulla in præsenti est differentia, quod sanguinis conjunctio sit magna, vel modica, si ea fuit causa, ob quam testator hæredem fecit. Hoc tamen intellige, nisi testator errauerit, putando institutum esse remotiorem, cùm esset proximior, vt aduertit Mantica, *d. tit.* 5. *num.* 17.

125 Hinc à simili docent quamplurimi, quos citat, & sequitur Mantica *eodem tit.* 5. *num.* 12. & Menoch. *d. præsumpt.* 24. *num.* 6. *& seqq.* si testator instituit filium legitimum, vt legitimum, & appareat legitimationem fuisse inualidam, eam institutionem non subsistere, & similiter corruere institutionem, quando testator instituit filium adoptiuum, vel arrogatū, si adoptio, vel arrogatio non valuit. Sed hoc meritò limitat Mantica, *num.* 15. vt non procedat, quando testator verosimiliter eum instituisset, licèt sciret arrogationem non valuisse; vt si arrogatio non valuit vt arrogatio, sed vt adoptio, vel siquis arrogauit fratris sui filium, quem domi aluit, & his verbis instituit: Quem ego alui, & ob benemerita adoptaui, hæredem facio. Quod etiam probat Menochius *supra, num.* 19. Porro siquis legauit vxori, vel eam hæredem fecit, credens esse legitimam, tradunt citati DD. non valere eam dispositionem, si deinde appareat, matrimonium cum ea fuisse irritū. Aliter verò dicendum respectu filiorum quos pater instituit, credens esse ex legitimo matrimonio procreatos, cùm tamen matrimonium fuisset nullum: talis enim institutio est valida, cùm ejusmodi filij censeantur verè ac propriè legitimi, vt deciditur *in cap.* 2. *& cap. Perlatum, & cap. Ex tenore, & cap. Peruenit, Qui filij sint legitimi.* Sic Mantica *d. tit.* 5. *num.* 10. *&* 11. & Menoch. *supra, num.* 9. vbi cum alijs addit, hos etiam filios esse suos hæredes, & in potestate patris, posseque patrem eis pupillariter substituere.

Notat etiam vtiliter pro prædictis Mantica *d. tit.* 5. *num.* 8. quoties institutio propter errorem testatoris in qualitate filiationis, vel simili, non valet, si institutus sit grauatus fideicommisso, videri grauatos legitimos successores ab intestato, conditione impleta, vt est casus *in l. Eam quam, Cod. de Fideicommiss.* & scribit in specie Baldus, *cons.* 19. *num.* 2. *vol.* 2. 126

Secundus casus est, quando testator instituit, aut legauit sub conditione aliqua de præterito, vel præsenti: talis enim conditio continet causam Finalem, qua deficiente dispositio corruit vt si testator dixit: *Instituo hæredem fratrem meum, si jam est conjugatus: vel si est ita pauper, vt non habeat in bonis plusquam mille aureos.* 127

aureos. Sic cum multis alijs Menoch. *d. præsumpt.* 24. *num.* 10.

128 Tertius casus est, quando testator legauit, aut instituit hæredem sub modo, qui ab honorato impleri non poterat, nisi esset præditus certa aliqua qualitate, quã credebat eum habere; vt si legauit ei, quẽ credebat esse sacerdotem, vt pro anima sua diceret aliquas missas. Tunc qualitas sacerdotis censetur causa Finalis illius dispositionis, qua deficiente dispositio est nulla. Sic cum Baldo, Iasone, & alijs Mantica, *lib.* 4 *de Coniect. tit.* 5. *num.* 20. & Menoch. *d. præsumpt.* 24. *num.* 11. qui tamen declarant dictum exemplum procedere, nisi testator legasset contemplatione Ecclesiæ, quia per sacerdotem etiam putatiuum acquiritur Ecclesiæ, argum. *l. Peto, §. Mater, ff. de Leg.* 2. Præterea verò addo, licèt in eo exemplo legatum debeat manere penes hæredem, attamen hunc teneri implere onus missarum juxta superiùs dicta *disp. præced. sect.* 9 *§.* 5. *num.* 367. *fine.*

129 Quartus casus est, quando testator in præfatione institutionis apposuit causam, cur talem hæredem instituerit: eam enim causam censeri Finalem, itaut si re ipsa non subsistat, institutio talis hæredis non valeat: constat *ex l. vlt. ff. de Hæred. inst.* vbi testator fecit secundum testamentum in hunc modum: *Quia hæredes, quos volui mihi contingere, habere non potui, Nonius Ruffus hæres esto:* & judicatum fuit eam institutionem non valere, quia constitit causam illam in præfatione positam fuisse falsam: instituerat enim in primò testamento hæredem quandam fæminam nomine Pactuleiam, & propterea in secundo testamento, Nonium hæredem scripsit, quia falsus rumor ad eum detulit Pactuleiam esse mortuam. Atque ita ibi sentiunt Barthol. Bald. & alij quos citat, & sequitur Menoch. *d. præsumpt.* 24. *numer.* 5. qui ex illo textu notant, præfationes probare causam Finalẽ dispositionis: idemque relatis plurimis tradit Tiraquel. *tract. Cessante causa, limit.* 1. *n.* 65. *&* 66.

130 Quintus casus est, si testator instituit proprium seruum, credens esse liberum; tunc enim institutio vitiatur, *l. Neque seruum, ff. de Milit. testam.* & notat cum alijs Mantica, *d. tit.* 5. *num.* 18. qui tamen ibidem aduertit, secus esse, si instituat seruum alienum, quem putabat esse liberum, *per l.* 1. *& ibi* Paul. Castr. *num.* 2. *Cod. de Iure deliberandi.* Alios casus reperies apud Menochium *supra, à num,* 12.

Quando autem perspectis omnibus dubium fuerit, an causa falsa, quam testator habuit ad aliquem hæredem, instituendum, fuerit Finalis vel solùm Impulsiua, cum qua valor dispositionis stare potest, præsumi debet Impulsiua; quia in vltimis voluntatibus causa Finalis non præsumitur, vt cum Baldo *in l.* 1. *§. Si parendi, col.* 1. *ff. de Condict. causa data, & in l. Iurisgentium, §. Si cum nulla, vers. in Glossa sua, ff. de Pact.* tradit Menoch. *cons.* 106. *tom.* 2. consentit Oldradus *cons.* 224. *incipiente, Sunt allegationes, col.* 5. *vers. Præterea quando causa,* dicens causam appositam à contrahentibus, vel à testatore censeri Impulsiuam, & loquens de legatis hoc ipsum tradit cum alijs Menoch. *lib.* 6. *de Coniect. tit.* 14. *num.* 5. Item Glossa *in l.* 2. *in fine, ff. de Donationib.* loquens de causa donationis asserit, in dubio præsumi Impulsiuam, quòd etiam tradit Bertachinus *in suo Repertorio lit. C. verbo, Causa Impulsiua,* & generaliter, quòd in dubio causa censeatur Impulsiua, docent plurimi apud Tiraquel. *d. limit.* 1. *num.* 48. quibus proculdubio accedit Sanch. *lib.* 8. *de Matrim. disp.* 21. *num.* 20. vbi refert, & sequitur plures, qui tenent causam adjectam in legibus, vel in gratijs, & priuilegijs, vel in donationibus præsumi in dubio Impulsiuam; ipseque specialiter, & ex professo id ipsum admittit in causa, quæ falsò in dispensationibus exprimitur, quòd maiorem habet difficultatem, propter quam ab eo in hoc recedunt Ægyd. Bellanus *tract. de Sacram. disp.* 33. *n.* 93. & Martin. Perez *de Matrimon. disp.* 46. *sect.* 1. *n.* 5. *& sect.* 8. *num.* 12. 131

Ratio Sanchij est, quia quando dubitatur, an causa, quæ falsa esse reperitur, fuerit Finalis, vel tantùm Impulsiua, hoc ipso dubitatur de valore actûs propter eam 132

facti: in dubio autem judicandum potiùs est in fauorem actus, vt magis valeat, quã pereat, *cap. Abbate, de Verbor. signific. & l. Quoties, ff. de Reb. dubijs.* Quæ ratio licèt difficultatem habeat in dispensationibus, in quibus agitur de relaxando vinculo, aut obligatione legis, quæ cùm sit certa, ac pro ea stet possessio, non videtur practicè cessare in dubio de valore dispensationis, at in institutionibus, & similibus dispositionibus, in quibus non agitur de tollendo aliquo vinculo, sed solùm de valore dispositionis, omnino ces-
133 sat illa difficultas, vt patet.

Si denique testator erret tertio modo, idest, in persona, quam hæredem instituit, expressum est in jure, institutionem non valere, *l. Quoties, in princip. ff. de Hæred. instit.* ibi: *Quoties volens alium hæredem scribere, alium scripsit in corpore hominis errans, placet, neque eum hæredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est.* Cujus legis dispositio quoad priorem partem etiam de jure naturali indubitata est, quòd scilicet non valeat talis institutio quoad personam per errorem institutam, & scriptam in testamento, cùm testator non habuerit voluntatem eam instituendi, nisi in quantum putauit esse aliam, v.g. suum fratrem, vel suum patronum. Quoad secundam verò partem, quòd etiam non valeat ea institutio respectu personæ, quã testator volebat instituere, eoquòd non sit scripta in testamento, credit Molin. *disp.* 209. *num.* 5. eam legem, neque in foro interno, neque in externo seruari debere, quòd stando in jure naturali voluntas testatoris seruanda sit, neque in contrarium audiri debeat Jurisconsultus, à quo lex illa manauit, vt latiùs in simili fuerat prosecutus *disp.* 197. *num* 2. Sed hunc dicendi modum, *jam supra, num.* 101. *& seq.* efficaciter impugnauimus; neque illum approbat in præsenti Lugo *disp.* 24. *sect.* 9. §. 2. *num.* 258. vbi bene docet prædictam legem, etiam quoad hanc secundam partem esse justam, & seruandam in vtroque foro; quia ad validam institutionem hæredis non sufficit sola voluntas testatoris, sed vlteriùs requiritur, vt persona, quam vult instituere, designetur in ipso testamento, aliæque solemnitates seruentur.

SECTIO VIII.

Vtrum institutio hæredis possit fieri conditionaliter, & quæ conditiones in ea admittantur?

SUMMARIUM.

Sola conditio de futuro contingenti est presse, ac propriè conditio, quæ actũ suspendit, efficiendo vt ejus valor pendeat ex futuro euentu, num. 134.

Hæres extraneus potest institui conditionaliter, tam sub conditione Casuali, quàm Mista, quàm Potestatiua, numer. 135.

Vt hæres institutus sub conditione censeatur hæreditatem adire, non satis est quòd impleat conditionem, sed requiritur vt post eam impletam sequatur aditio, ibid.

Quandiu pendet conditio, sub qua hæres institutus est, censetur defunctum cessisse testatum, num. 136.

Purificata conditione, sub qua hæres institutus est, censetur hæres, acsi à principio fuisset purè institutus: defecta verò conditione, censetur acsi non esset facta institutio, & defunctus decessisset intestatus, ibid.

Si hæres purè sit institutus in vna parte hæreditatis, & sub conditione in alia, statim poterit adire totam hæreditatem, num. 137. *Id verò procedit, nisi in parte conditionali sit datus substitutus vulgaris; vel nisi sit datus cohæres, & quomodo hoc secundum intelligatur? num.* 138.

Filius potest hodie institui sub conditione, tam Casuali, quàm Mista, quàm Potestatiua. Conditio tamen, & quodlibet onus quatenus grauat legitimam ipsi filio debitam rejicitur ipso jure, manetque filius purè in legitima institutus.

tutus. Et idem est in patre, matre, & alijs ascendentibus, vt etiam à legitima eis debitâ rejiciatur conditio; numer. 139.

Iure antiquo permissum erat, vt filius posset institui sub cōditione Potestatiua, & vtrum hodie hæc conditio nec a legitima rejicienda sit? num. 140.

Vtrum saltem conditio, Si voluerit esse hæres, *non rejiciatur à legitima filio debitâ? & quid hujusmodi conditio operetur? num.* 141.

Licèt jure Prætorio concessum sit filijsfamil. vt sint hæredes, si voluerint: per hoc tamen non fuit inducta propria conditio, qua impedirentur acquirere hæreditatem paternam, antequam declarent, se velle esse hæredes; num. 142.

Quoad alia bona vltra legitimam perinde grauatur filius sub conditione institutus, acsi esset extraneus. At si pater filium instituat sub conditione in omnibus suis bonis, non solùm poterit filius capere statim legitimam, sed etiam cætera bona patris, non expectato conditionis euentu; num. 143.

Tam filius, quàm extraneus potest validè institui sub conditione de præterito, vel præsenti: & quid, si testator plures habens filios vnum instituat sub tali conditione, quæ reipsa non subsistat, alios verò simpliciter; num. 144.

Filius potest grauari conditione etiam quantum ad legitimam, si in defectum conditionis rite, & cum causa exhæredetur? numer. 145.

Institutus vniuersaliter sub conditione, quæ non rejicitur, licèt nullum jus acquirat in hæreditate, dum conditio pendet, potest tamen de jure Prætorio petere, & consequi bonorum possessionem secundùm tabulas, & quid hoc importet? num. 146.

Si sint plures instituti, vnus purè, & alter sub conditione, an dum conditio pendet, purè institutus habiturus sit totam hæreditatem, vel solùm partem suam, & alter reliquam partem per prædictam bonorum possessionem? numer. 147. *& seq.*

Quanuis in tractatu de contractibus in genere satis multa de hac re diximus, quæ contractibus, & vltimis voluntatibus sunt communia, & nonnulla etiam vltimarum voluntatum propria attigerimus; tamen quia multa hujus materiæ peculiaria, ibi omisimus, & quæ tradidimus, solùm fuerunt adducta ex occasione doctrinæ de contractibus, oportuit nunc præsentem quęstionem excitare. In qua, omissis aliquibus, quæ contractibus, & vltimis voluntatibus communia sunt, & in dicto tractatu manent explicata, ea pręcipuè trademus, quæ testamentorum sunt propria. Neque hic accipienda est conditio simpliciter dicta in lata significatione, quo pacto comprehendit conditionem de præterito, præsenti, vel futuro, sed in significatione pressa, quo pacto solùm denotat conditionē de futuro contingenti, quę sola suspendit actum, efficitque vt ejus valor dependeat ex futuro euentu: hæc enim est proprijssima acceptio conditionis, & magis conformis juri, vt patet ex *l. Si Stipulatus, ff. de Verbor. obligat. & ex l. Institutio,* 10. *ff. de Condit. instit. & ex l. Itaque, ff. Si certum pet.* in quibus textibus sola hæc affirmatur esse conditio. Hoc supposito. 134

Statuendum est primò in præsenti quæstione. Hæres extraneus potest institui conditionaliter, tam sub conditione Casuali, quàm Mista, quàm Potestatiua. Est resolutio certa de jure, vt constat ex *l. 3. §. vlt. & ex l. Sub conditione, ff. de Hæred. instit. & ex l. 1. totoque tit. ff. de Condit. instit. & ex §. Hæres, Inst. de Hæred. inst.* vbi ita dicitur: *Hæres & purè, & sub conditione institui potest*; multisque alijs juribus. Nec sub vna tantùm conditione, sed etiam sub pluribus potest hęres institui, & omnibus parendum est, vt est text. *in l. Si hæredi plures*, vbi Glossa ordinaria, & communis DD. *ff. de Condition. instit.* Aduerte autem ex Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 2. *num.* 12. non sufficere; quòd hæres impleat conditionem, sub qua institutus est, ad hoc vt censeatur adi- 135

re

re hęreditatem, sed requiri, vt postea sequatur aditio, acsi esset purè institutus; quia implementum conditionis solummodo purificat & disponit, vt hæres possit liberè adire, *l. Ei qui ita, ff. de Condit. inst.* Id verò intellige regulariter, nam si conditio consistat in expressione voluntatis, vt si volet, vel voluerit esse hæres, tunc institutus implendo illam censetur adire, *l. Iam dubitari*, 86. *ff. de Hæred. inst.* & ibi DD. inter quos Bartholus alias etiam limitationes adducit.

136 Illud etiam notandum, quandiu pendet conditio, sub qua prædictus hæres institutus est, censeri defunctum decessisse testatum propter spem conditionis postea implendæ; quæ spes facit, vt non habeat locum causa intestati; & sic quòd interim, dum conditio impleri potest, hæreditas non deferatur ab intestato, *l. Quandiu, a secund.*, *ff. de Acquir. hæred.* ibi: *Quandiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur*, quod etiam ex alijs textibus probat Anton Gomez, *supra, vers. Nec obstat.* Conditione autem purificata retrotrahitur ejus implementum ad tempus mortis testatoris, redditurque hæres, acsi à principio esset purè ac simpliciter institutus, *l. Quod dicitur. in princip. ff. de Milit. testam. l. Si pupillus, ff. de Condit. instit.* ibi: *Quia conditione expleta, pro eo est, quasi purè ei hæreditas, vel legatum relictum sit*, & *similibus.* Si verò conditio defecerit, perinde habetur institutio, acsi facta non fuisset, & testator ab ipso principio censetur intestatus decessisse, argum text. *in l. Pecuniam, vers. Perinde, ff. si cert. pet.* & *in l. Si decem, in fine, ff. de Solution.* ibi: *Nec debitor fuisse videtur Seius, quòd conditio ejus defecerit*, & alijs. Vnde, qui sub conditione hæredem instituit, pro omni tempore reperitur, vel testatus, vel intestatus, prout euentus, aut defectus conditionis declarauerit, vt bene cum Dino, Barth. & alijs Anton. Gomez *d. numer.* 12. *ad medium.*

137 Cæterùm si prædictus hæres purè sit institutus in aliqua parte hæreditatis, & sub conditione in alia, statim poterit adire totam hæreditatem, minimè expectato implemento conditionis; siquidem in quemcumque euentum consequi debet partem sub conditione relictam: nam si conditio purificetur, ad ipsum illa pars spectat juxta dispositionem testatoris: si verò deficiat, ad ipsum etiam pertinet ex jure accrescendi, ratione alterius partis purè ei delatæ, ne testator pro parte maneat testatus, & pro parte intestatus: & ita non est cur expectetur euentus conditionis, qui nihil debet operari. Sic habetur *in l. Siquis ita scripserit*, vbi Glos. & DD *ff. de Hæred. instit.* & facit text *in l. Aliquando, §. finali, ff. Ad Velleian.* & *in l. Posthuma, ff. de Liber. & posthum.*

Hoc tamen intelligitur, nisi in parte conditionali sit datus substitutus vulgaris: tunc enim debet expectari euentus conditionis, *l. Si te solum, in princip. ff. de Hæred. instit.* & *l. Cùm hæres, §. Qui ex parte, ff. de Acquir hæred.* & vtrobique Bartholus, & communis DD. Intelligitur præterea, nisi sit datus cohæres: nam tunc etiam euentus conditionis expectatur, quod in hunc modem intelligendum est: quia si ponas fuisse institutos duos hæredes purè in dimidia parte hæreditatis, & in alia vnum purè, & alterum sub conditione; institutus sub conditione non habebit statim dimidium illius dimidiæ sibi conditionaliter relictum, sed expectabit euentum conditionis; & si fuerit purificata, illud habebit; si verò defecerit, accrescet alteri cohæredi. Item si ponas, institutum fuisse vnum hæredem purè in dimidia parte hæreditatis; & eundem simul cum alio cohærede in alia dimidia sub conditione; prior institutus adiens partem sibi purè relictam, potest etiam consequi statim partem illius dimidiæ relictæ conditionaliter, cùm in omnem euentum illam sit consecuturus, juxta supra dicta: quoad aliam verò partem relictam cohæredi, expectanda est conditio, vt si eueniat, ille cohæres succedat; si verò deficiat, succedat alter ex jure accrescendi. Sic Ant. Gomez *d. cap.* 2. *num.* 12. *in fine* cum Paul. Castr. quem refert. 138

Statuendum secundò; etiam filius potest 139

test hodie institui sub conditione, tam Casuali, quàm Mista, quàm Potestatiua: conditio tamen, & quodlibet onus, quatenus grauat legitimam filio debitam, rejicitur ipso jure, manetque filius purè in legitima institutus. Ita Anton. Gomez *tom.1.Variar.cap.11.n.24. & 29.* Mantica, *lib.11.de Conject.vlt.vol.tit.18. num. 14.* & communiter DD. per text. *in l. Quoniam in prioribus, 32. & l. Scimus, 36.§.Cùm autem, Cod. de Inoffic. testam.* quibus juribus sublata est per Justinianū antiquioris juris dispositio, quo cautum erat, vt si filius esset institutus à patre sub conditione, non Potestatiua (idest cujus implementum non esset in potestate filij) testamentum non valeret, nisi in defectum conditionis filius exhæredaretur, vt constat *ex l. vlt. ff. de Condit. instit. & ex l. Si pater, 4. Cod. de Institut. & substitution.* Addit Anton.Gom. *d.num.24.* cum Glossa ordinaria *in l. Paulus, ff. Si à parente quis fuerit manumissus,* & communi DD. idem dicendum esse in patre, matre, & alijs ascendentibus, quibus debetur legitima, idest, quòd ascendente instituto sub conditione, rejicitur conditio à legitima ei debitâ.

140 Cùm autem jure antiquo permissum esset, vt filius posset institui sub conditione Potestatiua, vt constat ex juribus proximè citatis, *ex l. Seius quoque, & ex l Iam dubitari, ff. de Hæred. instit.* cum alijs; dubitatur, an etiam hodie possit ejusmodi conditio similiter apponi, itaut nec à legitima rejicienda sit? Partem affirmatiuam communem dicit Socinus *conf.97.volum.3.* & Gualdensis, *de Arte testandi tit.3 cautela 1. num. 3.* illamque amplectitur Trentacinq. *de Substitut. p. 1. cap. 14. num. 20. fine.* At contrarium tenent Glossa ordinaria, Bartholus, & communis DD. *in d. l. Suus quoque, ff. de Hæred. instit..* & Anton. Gomez dicens esse magis communem *d.cap.11.num.29.* per text. *in d l. Quoniam in prioribus, C. de Inoffic. testam.* & hæc sententia nobis placet.

141 Quòd si quæras, an saltem si pater filium instituat sub conditione, *Si voluerit* esse hæres, valeat, nec rejiciatur ea conditio à legitima? Respondetur negatiuè, quia etiam ista conditio infert grauamen, quod à legitima omnino excluditur: tollit enim suitatem, & per consequens trāsmissionem ex potentia suitatis; quia vis hujus conditionis est, vt institutus non sit hæres, nisi declaret se velle esse hæredem: vnde si à legitima non rejiceretur, non posset filius ipsam legitimam transmittere, si ante aditionem, & acceptationem hæreditatis decederet, cùm ante talem suæ voluntatis declarationem, nullum acquisisset jus, quod ad hæredes transmittere posset, *l.vnica, §.Sin autem, Cod. de Caduc.tollen.* Priuari autem jure transmissionis est maximum grauamen, *l.Pantonius, ff.de Acquiren.hæred.* Sic docet Anton.Gomez *d.cap.11 sub num.30.* vbi hanc resolutionem pluribus confirmat, ac pro ea adducit Baldum, Salicetum, Joan. de Imola, & alios. Idem relatis alijs dicentibus ita communiter teneri tradit Simon de Prætis *de Interpret.vlt.vol. lib.3. interpret.1.dub.6.solut.2.num.12.pagina mihi 44.*

Nec obstat, siquis dicat, hanc conditionem, *Si volueris,* tacitè inesse de jure Prætorio, quando hæreditas relinquitur filio, siue ex testamento, siue ab intestato, vt constat *ex l. Necessarijs, ff. de Acquiren. hæred. & ex §.Sui, vers. Sed his permittit prætor, Inst. de Hæred. qualit. & differ.* & tamen non impedire transmissionem, proindeque idem dicendum esse, quando testator hanc eandem conditionem expresse apposuerit; cùm expressio conditionis, quæ tacitè inest, nihil operetur. Respondetur enim per illam conditionalem, *Si voluerit,* quæ de jure Prætorio inest, non induci propriam cōditionem, nec effectum ejus; quia mens prætoris non fuit, quòd suspenderetur acquisitio hæreditatis donec filius declararet se velle esse hæredem, sed tantū cōcedere illi facultatem abstinendi ab hæreditate, itaut licèt jam illi esset acquisita, tamen in fauorem ipsius filij haberetur pro non acquisita, si nollet esse hæres, vt probat text. *in l.Si filius, qui patri, ff. de* 142

Vul.

Vulgari & pupillari, vbi Bartholus, & communis. In nostro autem casu conditionalis, *Si voluerit*, apposita per patrem, esset propria conditio; ejusque effectum induceret cum maximo filij grauamine, siquidem transmissionem impediret, vt probatum est; & ideo meritò à legitima rejicitur. Hæc verò resolutio solùm habet locum respectu filij in potestate, seu hæredis Sui, nam respectu non sui verba illa, *Si volet esse hæres*, non inducunt códitionem, nec vllum habent effectum, cùm illis etiam sublatis non fiat reipsa hæres, nisi velit & ipsam hæreditatem adeat, sic habetur *in l. Verba hæc*, 12. *ff. de Condit. instit. & l. Iam dubitari*, 86. *ff. de Hæred instit.*

143 Saluâ autem legitimâ, perinde quoad alia bona grauatur filius conditione, sub qua institutus est à patre, acsi esset extraneus: vnde quoad ea bona procedunt in filio omnia, quæ circa hæredem extraneum superiùs dicta sunt. Ex quibus illud subtiliter colliges, si pater instituat filium hæredem sub conditione in omnibus suis bonis, non solùm posse filium capere statim legitimam, tanquam purè sibi relictam, sed cætera bona patris, minimè expectato implemento conditionis. Quia cùm omnis conditio, & grauamen rejiciatur à legitima, censetur talis filius institutus purè in legitima, & sub conditione in reliqua parte hæreditatis: constat autem ex supra dictis, quòd quando aliquis est institutus purè in vna parte hæreditatis, & sub conditione in alia, potest statim totam hæreditatem capere, non expectato imple mento conditionis. Quòd tamen etiam in filio intellige cum moderationibus superiùs in extraneo adhibitis.

144 Illud etiam hic aduerte, tam filium quàm extraneum posse validè institui sub conditione de præterito, vel præsenti, vt expresè habetur *in l. Institutio talis*, 10 *ff. de Condit. institut.* Quia cùm talis conditio jam sit in re ipsa, vel impleta, vel defecta, nullum imponit onus; & siquidem reperitur impleta, tenet institutio tanquam purè facta: si autem reperitur defecta, nulla est institutio, & succedunt hæredes legitimi, seu ab intestato venientes. Vnde notabiliter colliges, si pater plures filios habens vnum instituit sub conditione de præterito, vel præsenti, quæ reipsa non subsistit, licèt alios instituerit simpliciter, vel sub simili conditione, quæ reipsa subsistebat, tale testamentum rumpi, & posse dici nullum ab eo filio, propter vitium præteritionis, cũ ille filius in tali casu sit reipsa præteritus, seu non institutus.

Nota denique quòd diximus, filium non posse grauari conditione quantum ad legitimam, intelligi debere, nisi in defectum conditionis ritè, & cum causa exhæredatus sit; quia etiam secundùm jus antiquum, quod non patiebatur valere testamentum, quo filius sub conditione Casuali, vel Mixta instituerettur, hæc limitatio admittebatur, vt patet *ex d. l. Si pater*, 4. *Cod. de Institut. & substit.* Ratio est manifesta; quia conditio in tali casu potiùs ponitur, & cedit in fauorem filij, restringẽdo ejus exhæredationem ad casum, quo ipsa conditio deficiat, quàm in ejus odium, & grauamen; & ideo non debuit rejici etiam à legitima, qua pater per exhæredationem filium absolutè priuare poterat. 145

Statuendum tertiò: quando aliquis est institutus hæres vniuersalis sub conditione, quæ non rejicitur, licèt dum conditio pendet, nullum jus, vel dominium in hæreditate consequatur, neque de jure Ciuili sit proditum remedium ad illam obtinendam: tamen de jure Prætorio potest petere, & consequi bonorum possessionem secundùm tabulas, non quidem possessionem juris, sed facti, idest, detentionem bonorum, illaque administrare, ac cætera omnia exercere, tanquam curator illis bonis datus: & purificata conditione pleno jure illa habebit: si verò cõditio deficiat, ea restituet venientibus ab intestato, vel substituto, vel ei qui ex dispositione testatoris succedere debeat. Ita communiter DD. per text. *in l. 2. §. Si sub conditione, & in l. Si sub conditione, ff. de Bonor. possess. secund. tabul. & in l. Non tamen, §. Si sub ea, ff. de Bonor. possess. contra* 146

contra tabul. & in l. Siquis instituatur, 13. in princip. ff. de Hæred. instit. vbi Glossa *verbo, Tanquam hæres*, Bartholus, Albericus, Bald. Angel. & cæteri communiter, traditque Ant. Gomez *tom. 1 Variar, cap. 2. num.* 13. vbi notat, licèt prædicta jura loqui videantur in filio, vel alio descendente, qui ab intestato est successurus, & in omnem euentum habiturus hæreditatem, tamen dictam communem sententiam procedere etiam in quouis hærede extraneo instituto sub conditione, idque in terminis probari per text. *in l. Si seruus. ff. de Bonor. possess. secund. tabul. & in d. l. Siquis instituatur, in princip.* Quid requiratur ad dictam possessionem, & administrationem consequendam, & quas vtilitates habeat illam petere, & obtinere ex vi dicti juris Prætorij, scribit late idem Ant. Gomez *d. num.* 13. *ad finem, & num.* 14. quem vide.

147 Aduerte autem prædictam conclusionem procedere sine controuersia, quando vnus, & idem hæres instituitur vniuersaliter sub conditione in tota hæreditate. Si verò instituantur plures hæredes, vnus purè, & alter sub conditione, dubium non leue est, an dum conditio pendet, hæres purè institutus habiturus sit totam hæreditatem, vel solùm partem suam, & institutus sub conditione reliquam partem, per prædictam bonorum possessionem secundùm tabulas? Qua in re tres sunt opiniones. Prima asserit, purè institutum habiturum interim totam hæreditatem. Secunda habiturum esse tantùm suam partem, & qui institutus est sub conditione, habiturum aliam partem per prædictam bonorum possessionem. Tertia, ponit quamdam distinctionem, qua duas priores conciliat, asseritque, quòd vel illi duo hæredes sunt instituti conjunctim in re, seu hæreditate, dicente, v.g. testatore, *Instituo hæredem Titium, & si nauis ex India venerit, etiam Antonium*: & tunc vera sit prima sententia: vel sunt instituti separatim, vt si testator dixerit: *Instituo Titium in dimidia parte hæreditatis, & si nauis ex India venerit, instituo Antonium in alia dimidia,* & in hoc casu teneat secunda sententia.

Hanc vltimam opinionem, & concordiam, quæ communis est, tradit, & approbat merito Glossa *in l. 2. verbo, Ad eos, ff. Si pars hæreditatis petatur*, & ibi etiam Bartholus Baldus, Angel. & Paul. Castr. idem Barth. *in l. Plane, §. Si conjunctim, num 2 ff. de Leg. 1.* & alij quos citat, & sequitur Ant. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 2. num.* 15. vbi contra Bartholum addit, quod hæres institutus purè, & conjunctim, assequetur statim totam hæreditatem tanquam verus hæres vniuersalis, &, si conditio sub qua alter est institutus, deficiat, eam retinebit per jus non decrescendi, & semper manebit hæres in tota hæreditate. Si autem conditio purificetur, tunc succedet alter in dimidia parte hæreditatis, & ille, qui fuit purè institutus, perinde quoad eam partem habebitur, acsi nunquam fuisset hæres, quod in institutionibus conditionalibus implementum conditionis juris fictione retroagatur ad tempus, quo testator decessit, *l. Quod dicitur, ff. de Milit. testam. l. Si pupillus. ff. de Condit. institution.* Addit præterea idem Ant. Gomez, prædictam communem opinionem, & concordiã videri correctã in Castella per jus illius Regni, quo indistinctè disponitur, vt purè institutus solùm habeat suam partem. 148

§. 1. *Vtrum possit institui hæres sub conditione, per quam ipsa institutio in liberum alterius arbitrium conferatur, vt,* Si Petrus voluerit, &c.

Notantur aliqua pro resolutione propositæ quæstionis, num. 149.

Si institutio hæredis fuit sub conditione, per quam conferatur in voluntatem alicujus tertij, non solùm conditio sed etiam ipsa institutio est nulla: secus autem si conferatur in arbitrium alterius, num. 150.

Dispositio testatoris collata in voluntatem alterius valet fauore causæ piæ. Et Mm idem

Nisi hæres repugnauerit: *& vbi hæres semel positiuè voluerit, quòd tale legatum subsistat, non potest ampliùs variare. Idemque est in institutione facta sub conditione*, Si Titius non repugnauerit; *num.* 167.

EX hactenus dictis constat in generali, posse hæredem institui conditionaliter sub quauis specie conditionis, idest, vel sub conditione Casuali, vel Mista, vel Potestatiua, & quid conditio operetur. Oportet nunc descendamus ad quasdam particulares conditiones, de quibus specialiter inquiri solet, an in vltimis voluntatibus admittantur.

149 In primis ergo disquirendum est de conditione, per quam institutio hæredis in voluntatem, vel arbitrium alterius confertur. Qua in re prænotandum est; aliud esse conferri dispositionem testatoris in arbitrium alterius, aliud in liberum arbitrium, seu voluntatem alterius: arbitrium namque dicit judicium boni viri, & prudentis: voluntas autem, & liberum arbitrium dicit merum beneplacitum, & liberam hominis determinationem. Notandum deinde, aliud quoad præsens esse, fieri institutionem sub conditione pendente à libera voluntate alterius, vt, *Si Petrus Capitolium ascenderit*: aliud sub conditione voluntatis alienæ, vt, *Si Petrus voluerit*. Notandum tertiò; aliud etiam esse fieri institutionem sub conditione, *Si Petrus voluerit*: aliud sub conditione, *Si Petrus non contradixerit*, vel, *Nisi Petrus noluerit*. Quam differentiam optimè explicat Doctor Petrus Barbosa *in l. 2. §. finali, num. 1. ff. Solut. Matrim.* & agnouit Couar. *in cap. Cum tibi, num. 9. de Testament.* eaque à nobis inferiùs declarabitur.

150 His prænotatis, prima assertio sit: si institutio fiat sub conditione, per quam conferatur in voluntatem, liberumue arbitrium alicujus tertij, non solùm conditio, sed ipsa etiam institutio est nulla, vt si testator dicat: *Instituo Paulum hæredem si Petrus voluerit*: vel *Instituo quem, aut quos Petrus voluerit*: secus autem, si conferatur in arbitrium alterius, vt si testator dicat, *Instituo Paulum hæredem, si Petrus comprobauerit*, vel *si rationabile putauerit, si ei videbitur* &c. Prima pars constat ex omnium sententia per textum expressum *in l. Illa institutio, 32. & l. Captatorias, 70. ff. de Hæred. instit. & in l. Captatorias, Cod. de Testament. militis.* Idemque pro legatis sub simili conditione relictis habetur *in l. Captatoriæ, 67. ff. de Leg. 1.* & alijs juribus. Reputauit enim jus inconueniens esse, quòd defunctorum voluntates à libero alienæ voluntatis arbitrio, & determinatione penderent.

Hoc tamen limitatur primò in causis pijs: valere enim dispositionem testatoris ad pias causas, licèt collata sit in liberam alterius voluntatem communis sententia est, vt vidimus, *disput. præcedenti sect. 9. §. 3. ad finem.* Idem fere est in legatis libertatis, vt constat ex *l. Fideicommissaria, 3. ff. de Fideicommissar. libert.* vbi habetur valere hujusmodi legatum sub conditione, *Si Seius voluerit*, quamuis non sub conditione, *Si voluerit hæres.* Limitatur secundò, quando testator solùm committeret voluntati alterius electionem hæredis, vel legatarij incerti de certis, vt dicendo, *Instituo hæredem vnum de filijs fratris mei, quem Petrus elegerit*: vel, *Relinquo tale legatum ei vel eis, quos Petrus de meis fratribus elegerit*: valet enim ejusmodi dispositio, vt tradunt Anton. Gomez *in leg. 31. Tauri. numer. 4. & in l. 40. numer. 48.* & latiùs *tom. 1. Variar. cap. 12. numer. 48.* Couar. *in cap. Cùm tibi, num. 11. de Testament.* Molin. *disput. 157. numer. 7.* & plures alij quos referunt, per text. *in l. Vnum ex familia, per totum, & in l. Cùm quidam, a segunda, ff. de Leg. 2. & in l. Vtrum, §. Cùm quidam, ff. de Reb. dub. & l. Fideicommissaria, a terceira, §. final. ff. de Fideicommissar. libert.* 151

Vbi notat Ant. Gomez *in d. l. 40. Tauri, n. 48. & in d. cap. 12. n. 48.* commissarium, quem testator grauauit eligere vnū 152

ex certis, posse eligere duos, vel plures, per dictam *l. Vnum ex familia, §. Si duos.* Et econtra, qui grauatus est eligere aliquos, posse eligere vnum tantùm, per *d. l. Cùm quidam.* Idemque docent alij quos citat, & ex parte sequitur Sanch. *tom. 2. Opusc. lib. 4. cap. 1. dub. 60. num. 7. & 8.* vbi admittit, grauatum dare vni pauperi, posse diuidere legatum in plures: negat autem grauatum dare pluribus posse dare totum vni. Agit etiam hac de re Molin. Jurista *lib. 2. de Primogen. cap. 4. num. 55.* vbi relatis contrarijs opinionibus circa casum, quo fuit concessa facultas eligendi plures, controuersiam dirimit dicendo, si eadem ratio militat in electione vnius, quæ in electione plurium, posse vnum tantùm eligi, licèt in plurali eligendi facultas concessa fuerit: secùs verò, si in electione vnius militat diuersa ratio, seu defuncti voluntas aduersetur. Quæ concordia mihi placet; & pro ea stant Baldus, Paul. Castr. Alex. Decius, & alij quos idem Molina refert.

Notant præterea idem Anton. Go-
153 mez *d. cap. 12. numer.* 48. Molina Theol. *d. numer. 7.* & cæteri communiter, si commissarius nullum elegerit ex certis quos testator designauit, omnes qui ex eis superstites fuerint, admittendos esse ad illud relictum, per text. *in d. l. Vnum ex familia, §. Rogo, & in d. l. Cùm quidam.* Vnde aduertit benè cum alijs Couar. *supra*, vt prædicta limitatio procedat, oportere, vt genus ex quo eligendum est, non sit ita amplum, vt si non facta electione, omnes de illo genere admittantur, res esset illusoria, & vana. Quòd etiam notat Vazq. *cap. 8 de Testament. §. 3. dub. 2. n. 45.* & Lugo, *de Iust. disp. 24. num. 341. fine.*

154 Secundam partem traditæ assertionis, quòd scilicet, valeat institutio sub conditione, per quam conferatur in arbitrium alterius, probat text. *in d. l. Si sic, ff. de Leg. 1. & in l. Fideicommissa, §. Si fideicommissum, vers. Quamquam, ff. de Leg. 3. & in d. l. Fideicommissaria, a terceira, ff. de Fideicommissar. libert.* Qui textus licèt tantùm loquantur in legatis, & fideicommissis, admittendo, ea deberi quando relinquuntur sub hujusmodi conditionibus, *Si existimauerit hæres, si comprobauerit, si iustum putauerit, si ei videbitur*, & similibus; attamen idem probant in institutionibus, quæ quoad hoc, quòd non possint fieri captatoriè, seu conferri in voluntatem alterius, legatis æquiparantur, *d. l. Captatoriæ, ff. de Leg. 1.* & ita docet Molin. *d. disp. 157. num. 6.* Nec obstat text. *in d. l. Illa institutio, 32. ff. de Hæred. instit.* ibi: *Ideo vitiosa est* (scilicet institutio) *quia alieno permissa est arbitrio:* & infra, *testamentorum jura per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* Nam arbitrium eo loco, quemadmodum & sæpe alibi, accipitur pro libera voluntate, vt ad similem textum circa legata *in d. l. Fideicommissaria, vers. Quamquam,* notauit Couar. *in d. cap. Cùm tibi, num. 7. de Testam.* idque satis patet ex eadem *l. Illa institutio*, vbi sermo est de institutione, *Quos Titius voluerit.*

Quòd si commissarius, in cujus arbitrium collata fuerit dispositio testatoris, non arbitretur, quia fuit præuentus morte, vel aliâ de causa, aut judicet temerè seu absque sufficiente ratione, æquum non esse, taliter honoratum admitti, relictum nihilominus debetur, si est justum & æquum, vt agendo de legatis tradunt Anton. Gom. *in l. 31. Tauri, num. 3. & tom. 1. Variar. cap. 12 num. 27.* Mol. *d. disp. 157. num. 5.* & alij communiter per text. *in l. 1. ff. de Leg. 2. & in d. l. Si sic, & d. l. Fideicommissa, vers. Quamquam.* Idemque esse in institutionibus affirmat Molin. *numer. 6.* 155

Secunda assertio: institutio hæredis fieri potest sub conditione, *Si institutus voluerit esse hæres*, & non solùm talis institutio, sed ipsa etiam conditio regulariter valet, & suum effectum habet. Hæc assertio probanda, & declaranda est discurrendo per diuersas qualitates institutionū, seu hæredū. In primis enim procedit in hæredibus Suis, cujusmodi sūt filij respectu patrū, in quorū sunt potestate. Eos enim institui posse à patre sub conditio- 156

ditione, *Si volent esse hæredes*, habetur expressè *in l. Iam dubitari.* 86. *ff. de Hæred. instit.* quæ lex quanuis abrogata sit, quatenus admittebat posse filios grauari illa conditione, etiam quoad legitimam illis debitam, vt constat ex dictis *in principio hujus sectionis, num.* 139. *cum seqq.* attamen non est abrogata quoad id, in quo vltra legitimam à patre instituerentur, vt ibidem traditum est, & notant communiter DD. per *l. Scimus*, 36. *§. Cùm autem, Cod. de Inoffic. testam.* vbi habetur, quòd in parte vltra legitimam relictâ potest pater filium grauare. Et ideo si pater filium instituat sub conditione, *Si voluerit*, talis conditio rejicietur à legitima, non verò à reliqua parte hæreditatis, quam proinde filius sic institutus non acquiret, neque transmittet ex potentia Suitatis, neque alia ratione, nisi præuia acceptatione seu aditione, per quam illi conditioni paruerit, vt optimè aduertit Molin. *disp.* 180. *num.* 9.

157 Confirmatur, & declaratur exemplo legati: quod, licèt vbi hæres grauatus hæreditatem adit, statim ipso jure legatario acquiritur, & ab eo transmitti potest ad hæredes, si purè relictum est, quanuis non præcedat vlla ejus acceptatio, in quo conuenit cum hæreditate Suis hæredibus relictâ, tamen si relinquatur sub his verbis, *Si voluerit*, euadit conditionale, *l. Si ita expressum*, 68. *ff. de Condit. & demonstr.* & non acquiritur, nec transmittitur ad hæredes, nisi legatarius illud acceptauerit, seu declarauerit, se illud velle, vt expressè habetur *in l. Si ita legatum*, 68. *§. Illi si volet, ff. de Leg.* 1. idque ea ratione, quia licèt illa conditionalis, *Si volet*, intelligatur tacitè inesse in legatis, & expressio ejus, quod tacitè seu de jure inest, nihil operetur: tamen in præsenti illud, *Si volet*, aliter inest de jure, & aliter exprimitur verbis, quia de jure solùm inest vt facultas repudiandi legatum, ex qua in præjudicium legatarij perinde habeatur, antequam ab eo acceptetur, acsi non esset acquisitum, vt constat ex *l. Qui autem, in princip. ff. Quæ in fraudem creditorum, & ex l. Nam sicut in princip. ff. Ad l. Aquil.* à testatore autem exprimitur, & apponitur vt propria conditio, cujus effectus est, vt non aliter acquiratur, & transmittatur legatum, quàm præuia acceptatione legatarij. Quod autem dicitur, expresionem ejus quod tacitè inest, nihil operari, intelligitur, nisi aliter exprimatur, quã inest. Sic Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. c.* 12. *n.* 47. *per d. §. Illi si volet.* Quæ omnia pari ratione procedũt in institutione Sui hæredis quoad partẽ hæreditatis, quæ vltra legitimã ei relinquitur.

Procedit etiam dicta assertio in alia 158
specie hæredis necessarij, nempe in seruo. Is enim si à domino hæres instituatur, statim post illius mortem, siue velit, siue nolit, fit liber, & necessarius ejus hæres, *§. Necessarius hæres, Inst. de Hæred qualit. & differen. & in princip. Inst. Ex quibus causis manumittere non licèt, vers. Licèt, & §. Seruus autem, Inst. de Hæred. instit. & l. Et si sine*, 8. *§. Sed quod Papinianus, ff. de Minor. & l.* 1. *Cod. de Necessar. seruis hæred. instit.* Attamen si instituatur sub hac conditione, *Si volet*, tenet conditio, & ille manet hæres voluntarius, itaut si nolit, hæres non existat, *l. Cornelius*, 69. *ff. de Hæredib. instit. l. Verba hæc*, 12. *ff. de Condit. instit.* Quo pacto, cùm etiam filius sit hæres necessarius secundùm jus Ciuile, *§. Sui autem, Inst. de Hæred. qualit.* sanè adjecta illa conditione, *Si volet*, euadit similiter hæres voluntarius ex concessione testatoris, vt notauit Pichardus, *Inst. de Vulgari substitutione, in princip. num.* 3. *& Inst. de Hæred. qualit. §. Necessarius hæres, numer.* 15. Cùm enim necessitas succedendi sit introducta fauore testatoris, potest testator illam remittere, idque facit adjiciendo dictam conditionem, *Si volet.* Porro quemadmodum illa conditio non solùm tollit in filio necessitatem succedendi, sed etiam acquisitionem; & transmissionem hæreditatis non aditæ, quoad partem, in qua vltra legitimam institutus est, vt ex supra dictis constat; ita pariter id efficit in seruo, vt non acquirat, nec transmittat hæreditatem, nisi eam adjuerit, seu declarauerit, se eam velle.

159 In hærede autem non Suo, nec necessario, cujusmodi sunt omnes extranei (quo nomine comprehenduntur in præsenti quicumque non sunt in potestate testatoris, etiamsi ei sint valde conjuncti, vt filius emanciqatus respectu patris, & quilibet filius respectu matris) frustranea videtur dicta conditio, *Si volet*, vt dicitur *in d. l. Cornelius*, 69. *ff. de Hæred inst. & in d l. Verba hæc*, 12. *ff. de Condit. institut*. siquidem, vt ibidem additur, etiamsi illa conditio adjecta non sit in institutione extranei, ille nihilominus non efficitur hæres, antequam declaret se velle esse hæredem: & ita nihil eam conditionem operari in ejusmodi hærede, tradit Glossa *in l. Iam dubitari, verbo, Sub conditione, ff. de Hæred. instit.* & *in d. l. Cornelius, verbo, Superuacuam*, vbi inde addit, hæredem extraneum, etiam illa conditione non adjecta, non transmittere ad hæredes hæreditatem non aditam.

160 Cæterùm attento jure recentiori Codicis *in l. vnica, Cod. de His qui ante apertas tabulas*, vbi concesum est, vt descendentes omnes, siue sint hæredes Sui, siue non Sui, hæreditatem sibi ab ascendentibus delatam, etiam non aditam, trāsmittant ad suos descendentes (quæ transmissio dicitur ex jure sanguinis) & in *l. Cum antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* vbi omnibus vniuersim hæredibus tam descendentibus, quàm extraneis conceditur annus ad deliberandum circa acceptandam, vel repudiandam hæreditatem ipsis vndecumque delatam, & si intra illum annum, qui computandus est à die scientiæ, è vita decedant, illam ad quoscumque ipsorum hæredes transmittant in eo statu quo ad ipsos spectabat, (quæ posterior transmissio dicitur ex jure deliberandi, de qua, & de cæteris alibi ex professo agendum) dicendum in præsenti est, quod hodie dicta conditio, *Si volet*, non apponetur superuacuè in institutione hæredis extranei: operabitur enim, vt talis hæres, neque ex jure sanguinis, neque jure deliberandi hæreditatem transmittat, sed necessarium sit vt eam adeat, seu declaret, se eam velle, ad hoc vt eam possit transmittere; quemadmodum si institutus esset sub qualibet alia conditione, qua non impleta hæreditatem minimè transmitteret.

Ratio est manifesta, quia in tali euentu non defertur instituto hęreditas, nisi sub illa conditione: vnde ea deficiente, ipsa etiam hæreditatis delatio deficit: hæreditas autem non delata transmitti non potest, vt per se constat. Et ita expresè tenent Imola *in l. finali col. 7. vers. Quid autem, ff de Condit. institut.* Ant. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 9. num.* 33. & Mol. *disp.* 180. *num.* 9. vbi tamen rectè aduertit, hanc resolutionem quatenus tangit eos, quibus jure sanguinis competit hæreditas, solùm procedere quoad eam partem hæreditatis, quæ ipsis vltra legitimam relicta est, in qua à testatore grauari poterant, vt scilicet hanc partem, neque jure sanguinis, neque jure deliberandi transmittant, sicut supra dictum est circa transmissionem ex potentia Suitatis, quæ per adjectionem conditionis non impeditur, nisi tantùm quoad partem hæreditatis, in qua Sui hæredes vltra legitimam instituti sunt. 161

Tertia assertio: institutio hæredis fieri potest sub conditione pendente à libera voluntate alicujus tertij, vt, *Instituo Paulum, si Petrus Capitolium ascenderit*. Sic Anton. Gomez *in l. 31. Taur. num. 2. fine*, & Molin. *disp.* 157. habeturque expresè in *l. Siquis Sempronium*, 68. *ff. de Hæred. instit.* & constat etiam per text. *in l. Non nunquam*, 51. *ff. de Condit. & demonstr.* Qui text. licèt loquatur in legatis, eadem tamen est ratio in institutionibus, quæ quoad hoc quòd possint, vel non possint conferri in voluntatem alterius, legatis æquiparantur, vt jam supra notauimus ex *l. Captatoriæ, ff. de Leg.* 1. Quòd si opponas, non minùs in liberam alterius voluntatem conferri institutionem, & legatum, quando fit sub conditione, *Si Petrus capitolium ascenderit*, vel simili, quàm cùm dicitur, *Si Petrus voluerit*, ac proinde si non valet dispositio facta hoc secundo modo, vt diximus *in prima assertione*, neque etiam debere sustineri factam 162

etiam rimo modo: vel si primo modo valet, etiam secundo. Respondet ad hoc Jurisconsultus *in d.l. Nonnunquam*, contingere nonnunquam, vt quædam nominatim expressa officiant, quæuis omissa tacè intelligi potuissent, nec essent obfutura: & hoc euenire in præsenti, vbi dispositio collata in expressam voluntatem alterius vitiatur, collata verò in implicitam, seu tacitam sustinetur: additque inde dictum esse, *Expressa nocent, non expressa non nocent.* Quę est regula 156. *ff. de Regul. jur.*

163 Quarta assertio: licèt institutio hæredis facta sub conditione pendente à voluntate ipsius hæredis regulariter sit valida, tamen si ea conditio sit captiosa, tam ipsa conditio, quàm institutio est nulla: vt si testator dicat: *Instituo Petrum hæredem, si ipse me, aut Paulum vicissim instituat*: aut, *Instituo Petrum in ea portione, in qua ille me instituerit.* Talis enim institutio reprobatur *in l. Illa autem, 71. ff. de Hæred. instit.* & alijs juribus, habeturque pro non scripta, vt est text. *in l. 1. ff. de His quæ pro non scriptis habentur*: & certè maiori jure damnatur, quàm quę simpliciter in voluntatem alterius confertur: licèt enim vtraque censeatur captatoria, & vt talis communiter damnetur, attamen de qua hic loquimur, multò est captiosior, & fraudulentior, quia per eam solebant homines vafri inducere alios, vt se, vel suos vicissim instituerent, & postquam id obtinebant, ipsi suas dispositiones reuocabant, sicque illos alios turpissimè decipiebant. Vnde ob eandem rationem etiam legata similiter relicta vitiantur, & pro nullis habentur. Et ita habet communis sententia, quam bene tradit Molin. *d. disp. 157. numer. 2.*

164 Addit Couar. *in cap. Cùm tibi, sub numer. 13. vers. Hæc tamen, de Testam.* contra Carolum Ruinum, etiam voluntatem captatoriam sub modo esse similiter irritam, vt si testator dixerit: *Instituo hæredem Titium, dummodo ille me hæredem instituat.* Quia non minùs turpis, & captiosa est ejusmodi institutio, quàm quæ concipitur sub conditione, *Si ille me hæredem instituat.* In contractibus autem neque modus, neque conditio similiter captiosa dispositionem vitiat, vt idem Couar. declarat *in d. versu, Hæc tamen, & sequenti.* Placet etiam quod tradit idem Couar. *d. num. 13.* voluntatem propriè captatoriam, qua quis aliquem institueret sub conditione, *Si vicissim ab eo institueretur*, neque ad pias causas valere, cùm nulla ratio pietatis, dolis & captionibus viam aperire debeat.

Si autem institutio fiat sub simili conditione de præterito, vt dicendo: *Instituo hæredem Titium, si ille me, vel filium meum hæredem instituit*: vel, *Instituo Titium in ea portione, in qua ille me instituit*: valida est talis institutio, vt expressè habetur *in d. l. Illa autem, ff. de Hæred. instit. & in l. Hoc articulo, 19. ff. eod.* cùm enim conferatur in tempus præteritum, caret vitio captionis, & sic non debuit reprobari. Vnde etiam validę sunt institutiones quæ mutuis affectionibus prouocantur, vt quando duo se mutuò instituunt hæredes in eodem testamento, seu in eadem charta. Ita expressè habetur *in l. Captatorias, 70. ff. de Hæred. instit.* 165

Quinta assertio: hæres institui potest sub conditione, *Si Titius non contradixerit*, seu, *Nisi Titius repugnauerit.* Sumitur hæc assertio *ex l. Fideicommissa, 11. §. Sic fideicommissum, ff. de Leg. 3.* vbi habetur, quòd fideicommissum relictum hoc modo, *Nisi hæres noluerit*, est validum, & quasi conditionale: idem autem est dicere, *Nisi hæres noluerit*, atque *Si hæres non contradixerit, nisi hæres repugnauerit*, vt ibidem exponunt Albericus, & Cumanus, & notat Barbosa *in l. 2. §. finali, num. 1. ff. Soluto matrim.* Estque longè diuersa ratio in ejusmodi legato, atque in relicto sub conditione, *Si hæres voluerit*, quod est nullum, *l. Senatus, 45. §. 1. ff. de Leg. 1.* licèt enim maneat aliquo modo pendens à voluntate hæredis, attamen non pendet primariò, & principaliter; siquidem illa conditio, *Nisi hæres noluerit* purificari potest absque eo, quòd interueniat voluntas positiua hære- 166

dis, vt est text. *in l. Pomponius, 40. §. finali, ff. de Procurat.* & patet, nam si ponas hæredem effectum esse furiosum (qui quidem non potest dici velle, neque consentire, *l. Si tibi,* 8. *§. Vnius, ff. de Optione legata*) verum erit dicere, eum non contradicere, neque repugnare, *l. In eo,* 45. *§. Deinde, ff. de Ritu nupt.* & ita sine hæredis voluntate prędicta conditio censebitur purificata. & legatum debebitur, vt bene Faber, Peralta, & Costa apud Barbosam, *supra,* idemque sentit Couar. in *d. cap. Cùm tibi, num.* 8. *ad finem de Testament.* licèt aliquanto aliter hanc rem declaret, dicendo ejusmodi legatum censeri relictum purè, & ademptum sub conditione, si hæres noluerit: & si hæres semel dixerit, se velle, conditionē ademptionis cessare; quòd si non declarer, se nolle, deberi legatum. Quæ expositio mihi videtur satis congrua, & textui conformis.

168 Siue autem hoc, siue illo modo exponas, omnes conueniunt, quòd legatum ita relictum, *Nisi hæres noluerit, nisi repugnauerit, si non contradixerit,* est validum, & debetur, si hæres negatiuè se habeat, non contradicendo, vel non declarando, se nolle; & vbi semel positiuè voluerit, quòd illud subsistat, non posse ampliùs variare. Quæ omnia pari ratione procedunt in institutione facta sub conditione, *Si Titius non repugnauerit,* vel, *Nisi Titius noluerit,* quia vt jam sæpius monuimus, institutiones quoad hoc quòd possint, aut non possint fieri dependenter à voluntate alterius, legatis æquiparantur.

§. 2. *De conditionibus, quæ ab institutionibus, & alijs vltimis voluntatibus excluduntur, dispositionem tamen non vitiant. Et in primis de conditione Impossibili, & Necessaria.*

SUMMARIUM.

Conditiones conceptæ de futuro variè diuiduntur, ac subdiuiduntur; num. 168.

Conditio impossibilis, siue talis sit de jure, siue per naturam, in hæredis institutione, legato, & cæteris vltimis voluntatibus, non vitiat dispositionem, sed habetur pro non adjecta. In contractibus autem vitiat dispositionem, excepto contractu matrimonij; num. 169.

Conditio impossibilis, si non sit apposita honorato, sed onerato, vt si hæres grauetur sub conditione, Si cælum digito tetigerit, *non habetur pro non adjecta, sed vitiat, & tollit grauamen sub ea impositum; num.* 170.

Conditio impossibilis, quæ à testatore existimabatur possibilis, vitiat dispositionem, si est conditio naturaliter impossibilis: si autem solùm est impossibilis de jure, expectandus est ejus euentus, & si impleatur, tenet dispositio si verò apposita fuit scienter, tunc siue impleatur, siue non impleatur, sustinetur dispositio; num. 171.

Conditiones de præsenti, vel præterito, naturaliter impossibiles, habentur pro non adjectis in vltimis voluntatibus: secus verò, si sint de jure impossibiles, seu turpes; num. 172.

Eodem modo per jus Canonicum excluduntur à matrimonio conditiones impossibiles, quo per jus Ciuile excluduntur ab vltimis voluntatibus; ibid.

Vtrum in vltimis voluntatibus admittantur conditiones, quæ solo actu, seu respectu personæ, non autem per naturam, sunt impossibiles, vt Si dederis montem aureum, *vel respectu pauperis,* Si dederis centum mille aureos? *Affirmant aliqui; num.* 173. *Alij verò negant; num.* 174. *Quid tenendum? num.* 175.

Conditio pro parte possibilis, & pro parte impossibilis, implenda est, quatenus est possibilis; d. num. 174. *fine.*

Non rejicitur conditio, quæ ob lapsum temporis est impossibilis, vt si Petrus institutus sit hæres, si ejus pater viuit, cum jam mortuus esset. Id verò intelligitur cum duplici limitatione; numer. 176.

Con-

Conditio de jure impossibilis non rejicitur, si jus eam vetans sit dispensabile, & soleat in eo dispensari, ipseque disponens expressè adjecerit, si Superior dispensauerit, *vel Superior non sit solitus dispensare, num.* 178.

Honorato sub dicta conditione, si Superior dispensauerit, incumbit impetrare dispensationem, ibid.

Conditio necessaria, licèt sit, & concipiatur de futuro, non suspendit dispositionem, & habetur pro non adjecta, num. 179. *Id verò limitatur* 1. *nisi disponens crederet esse contingentem:* 2. *nisi esset incerta respectu disponentis:* 3. *nisi apposita sit per dictionem*, cum; *numer.* 180.

168 PRæter conditionem, qua testatoris dispositio in liberam alterius voluntatem confertur, de qua *superiori*, §. dictum est, vix aliqua reperitur, quæ vltimis voluntatibus adjecta dispositionem vitiet, ac nullam reddat; sunt autem multæ, quæ ab eis ita excluduntur, vt illis adjectæ pro non adjectis habeantur: ac de his in præsenti dicturi sumus. Ante omnia igitur notandum, quòd conditiones conceptæ de futuro, aliæ sunt possibiles, aliç impossibiles: hujus secundi generis quædam sunt impossibiles de jure, quales sunt conditiones turpes, vt, *Si egentem patrem, vel matrem non alueris*, & similes, quæ citra violationem alicujus juris impleri, aut apponi non possunt, seu quæ jure improbantur: aliæ impossibiles de facto; quæ rursus aut sunt impossibiles absolutè, seu secundùm rei naturam, vt, *Si cælum digito tetigeris:* vel solùm respectiuè ad personam, vt respectu pauperis, *Si centum mille aureos dederit*. Prioris verò generis, idest conditionum possibilium, quædam sunt necessariæ, vt, *Si sol cras orietur*: quædam non necessariæ, seu contingentes, quæ scilicet possunt euenire, & non euenire: ex quibus quædam retrahunt à matrimonio, vel Religione, aut matrimonij libertatem impediunt, vt, *Si non nupserit: si nupserit Titio: si Religionem ingrediatur: dummodo non nubat absque consensu Titij, & similes*: quædam verò ejusmodi vitium non habent. His prænotatis.

Prima conclusio sit. Conditio impossibilis, siue talis sit de jure, siue per naturam, in hæredis institutione, legato, & cæteris vltimis voluntatibus, non vitiat dispositionem, sed habetur pro non adjecta. Sumitur ex *l.* 1. *ff. de Condit. instit. & l. Continuus, §. Cùm quis, ff. de Verbor. oblig. & ex §. Impossibiles. Inst. de Hæred. instit.* alijsque juribus. Et ita docent Bartholus *in d. l.* 1. *num.* 5. Mol. Jurista cum alijs, *lib.* 2. *de Primog. cap.* 12. *num.* 36. Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 12. *num.* 66. Molin. Theol. *disp.* 206. *num.* 8. Sanch. *lib.* 5. *de Matrim. disp.* 4. *num.* 8. & cæteri omnes. Quod quidem constitutum fuit fauore vltimarum voluntatum. Nam in contractibus, secluso matrimonio, conditio impossibilis, siue de jure, siue de facto, seu per naturam, dispositionem vitiat, & irritam reddit, *l. Impossibilis, 9. ff. de Verbor. oblig. l. Non solum, ff. de Action. & obligat. l. Certi condictio, §. Quoniam, vers. Item quærit, ff. Si cert. pet. & §. Impossibilis, Inst. de Inutilib. stipulat.* 169

Nota verò primò, prędictam conclusionem pæcedere, quando conditio fuit apposita honorato; secus verò si onerato, vt si hæres grauetur sub conditione, *Si cælum digito tetigerit*, talis quippe dispositio, seu grauamen, vitiatur per conditionem, siue naturaliter, siue de jure impossibilem, vt constat *ex §. vlt. in fine, Inst. de Leg.* & notat ibi Glossa, *verbo, Impossibilia*, & Additio ibidem subjuncta, & Glossa *in d. l.* 1. *ff. de Condit. institut. verbo, Non vitiari*, talis enim conditio ponitur in fauorem onerati, & ideo non debuit haberi pro non adjecta, sed potiùs debet ille excusari à pręstando grauamine, propter impossibilitatem conditionis, sub qua grauatus est. 170

Nota secundò, dictam conclusionem intelligi de conditione impossibili cognita vt tali. Si enim testator existimasset eam esse possibilem, vitiatur dispositio, *l. Seruo manumisso, ff. de Condict. indeb.* vbi Glossa, 171

Glossa, *verbo, Ex testamento* Barthol. *in l.1.num.5.ff. eodem*, Couar. *in 4.lib. Decretalium, 2.p.cap.3.§.2.sub num.5.* Mol. *d.disp.* 206. *num.* 8. Sanch. *lib. 5. de Matrim. disp.2. num.8.* Lessius *lib.2.de Iust. cap.18. num.* 123. & alij apud Sanch. *supra*. Ratio est, quia licèt conditio sit in se impossibilis, tamen si putetur possibilis, eandem vim habet in animo, & apprehensione testatoris, acsi verè esset possibilis: sed si esset possibilis, non rejiceretur: ergo neque rejicienda est, quando possibilis ex stimabatur. Vnde si conditio erat impossibilis naturaliter, euadit dispositio simpliciter irrita, cùm talis cōditio nulla ratione impleri valeat. Si autem erat impossibilis de jure, seu turpis, redditur dispositio verè conditionalis, estque expectandus euentus conditionis, quæ si impleatur, tenet dispositio: si autem deficiat, deficit similiter dispositio: in casu autem, quo testator talem conditionem, idest, de jure impossibilem, scienter apponeret, sustinetur dispositio, siue conditio impleatur, siue non impleatur, vt habetur *in l. Reprehendenda, Cod. de Institut. & substitut.* & aduertit Molina, *supra*.

172 Nota tertiò, etiam conditiones de præsenti, vel præterito naturaliter impossibiles haberi pro non adjectis in vltimis voluntatibus, vt probat *l. Mæuia, 45. ff. de Hæred. instit.* & notat Sanch *d. lib. 5. de Matrim. disp. 4. num.* 3. Secus autem dicendum de conditionibus impossibilibus de jure, seu turpibus: vt in simili de matrimonio (à quo eodem modo per jus Canonicum rejiciuntur conditiones impossibiles, quo per jus Ciuile excluduntur ab vltima voluntate, vt testatur Glossa *in cap finali, de Conditionibus appositis, verbo, Impossibiles*, & ibi Joannes Andreas *num.* 7. Cardinalis *num.* 2, Alex. de Neuo *num.* 6. Couar. *in lib. 4. Decretalium, cap.3. num.9.* Costa *lib.1. Select. cap. 8. num.* 11.) tradit relatis plurimis idem Sanch. *d. lib. 5. disp.15. num.* 5. Et ratio est quia conditiones turpes, seu de jure impossibiles eâ tantùm de causa rejiciuntur à matrimonio, & vltimis voluntatibus, quia inducunt ad malum, seu ad violationem juris, quo illæso, impleri non possunt; hæc autem ratio militat propriè in conditionibus de futuro, non autem de præterito, vel præsenti, quę cùm reipsa jam sint vel impletæ, vel defectæ, ad nullum malum inducunt; & sic non debent haberi pro non adjectis; sed si reipsa impletæ sunt, valet dispositio, si autem defectæ, non valet. In conditionibus autem naturaliter impossibilibus est diuersa ratio; quia hæ rejiciuntur ex eo, quòd impossibiles sunt; quæ impossibilitas etiam in conditione de præterito, & pręsenti reperitur.

Nota quartò, non conuenire inter DD. 173
an conditiones quæ solo facto, non autem per naturam sunt impossibiles, vt *Si montem aureum dederis*, vel respectu pauperis, *Si dederis centum mille aureos*, & similes, in vltima voluntate admittantur, illamque vitient? Partem affirmatiuam tenent Glossa *in §. Impossibilis, verbo, Impossibilis, Inst. de Hæred. instit.* Barthol. & alij quos citant, & sequuntur Couar. *in 4. Decretal.p.2.cap.3. §.2. num.9.* & Molin Jurista *lib.2. de Primogen. cap. 12.num.*37.

Oppositum verò, scilicet, etiam con- 174
ditiones hoc modo impossibiles excludi, & haberi pro non adjectis in vltima voluntate, probant cum alijs Gregor. Lop. *in l.3. verb. Por tal, tit.4. Part.6.* Emmanuel à Costa *lib.1.Selectar. cap.8. num.9.* & Molin. Theol. *disp.206.num.9.* per tex, *in l.Siquis ita,6.ff.de Condit.institut.* ibi: *Siquis ita institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecisset, cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit conditionem euanescere quasi impossibilem*; vbi vides conditionem solùm de facto impossibilem ab vltima voluntate rejici. Addit tamen meritò Glossa ibi, *verbo, Euanescere*, & Mol. *proximè citatus*, teneri nihilominus hæredem in illo casu monumentum conficere, licèt non intra illud tempus, quia duo fuerunt injuncta per testatorem; vnum quod monumentum conficeret, quod erat possibile, alterum

rum quod conficeret in triduo, quod erat impossibile, & hoc tantum rejicitur, *l. Si mihi, & tibi*, 12 *§.1. ff. de Leg.1. l. Hæc scriptura*, 26. *in princip. ff. de Condit. & demonstrat.* Vnde generaliter loquendo, quando conditio est pro parte possibilis, & pro parte impossibilis, rejicitur quatenus est impossibilis, & implenda est quatenus possibilis, vt cum Bartholo, & alijs tradit Sanch. *lib.5. de Matrim. disp* 4. *numer.5 per l. Qui dotem, ff. de Dote prælegata, & l. penult. ff. de Condit. & demonstrat.*

175 In hac tamen controuersia distinguendum est inter conditiones de facto impossibiles, quæ solùm tales sunt respectu illius personę, cui conditio proponitur implenda, vt respectu pauperis, *Si dederit centum mille aureos*, & eas, quæ sunt impossibiles respectu cujuscumque hominis, vt, *Si dederis montem aureum artificialem*, vel, *Si mihi dederis Regnum, aut Imperium*, & similes, quæ ita sunt difficiles, vt nemini censeantur possibiles. Si ergo conditio sit primi generis, dicendum est, eam non excludi ab vltima voluntate, ac proinde per eam vitiari dispositionem, & quoad hanc partem veram esse priorem sententiam, vt probat text. *in l. Cùm hæres*, 4. *§.1. ff. de Statu liberis*, vbi deciditur, inutiliter legari libertatem sub conditione tam difficili ipsi seruo, ac si esset penè impossibilis, veluti sub hac, *Si mille libras dederit*: si autem conditio sit posterioris generis, placet eam haberi pro non adjecta, vt posterior sententia contendit. Quam distinctionem approbant in simili de matrimonio celebrato cum cjusmodi conditionibus Gregor. Lop. *in l.6. verbo, Monte de oro, Partita* 4. & Sanch *d. disp* 4. *num.* 14. & in specie id ipsum tradit Mol. *d. disp.* 206. *num.* 9. vbi cùm docuisset conditionẽ de facto impossibilem haberi pro non adjecta, veluti cùm quis diceret, *Si montem aureum dederis, lego tibi hoc, vel illud*, subdit tandem, quòd quando vltima voluntas esset sub conditione dandi, vel faciendi aliquid, quod effici non posset ab eo, cui conditio fuit injuncta, posset autem effici ab alio, talis conditio est valida, & consequenter illam voluntatem vitiat; quia talis conditio est reuerà possibilis, & solùm per accidens ob inopiam, vel alium defectum particularis personæ impleri non potest.

Vnde vlteriùs notandum, non rejici 176 conditionem, quæ ob lapsum temporis impossibilis est, vt si Petrus institutus sit hęres sub conditione, *Si ejus pater viuit*, cùm jam is mortuus esset, vel instituta sit Berta sub conditione, *Si est virgo*, cùm jam deflorata esset. Quia licèt impossibile sit viuere eum, qui mortuus est, vel esse virginem, quæ deflorata est, talis impossibilitas non est per se, sed ex accidente, cùm simpliciter possibile fuerit ejusmodi conditionem subsistere, & solùm per accidens subsistere non possit, eoquòd lapsu temporis esse desierit; quod non tollit, quominus simpliciter censeatur possibilis. Ita in simili de matrimonio Sanch. cum multis alijs *d. disp* 4. *num.* 16. & in specie Couar. *in lib.* 4. *Decretal.* 2. *p. cap.3. §.2 num.3.* Qui tamen hanc resolutionem dupliciter limitat, primò, vt non procedat, quando dicta conditio cõciperetur de futuro, cùm jam existere non posset quando testator eam posuit, vt dicendo, *Si Titius viuet*, cùm jam tunc mortuus esset; hanc enim rejici tanquam simpliciter impossibilem, probat text. *in l. Multa, 6. §. Secundum communem intellectum, ff. de Condit. & demonstr.* Bartholus, & alij apud eumdem Couar. Secundo, vt etiam non procedat, quando illa conditio apponeretur de præsenti, vel præterito, supponendo aliquid cum quo, etiam secluso temporis cursu, impossibile est illam stare, vt si is, qui nunquam habuit filium, diceret, *Instituo hæredem Titium si filius meus viuit*, talis enim conditio rejicitur, tanquam simpliciter impossibilis, vt expressè habetur *in l. Si Mæuia, 45. ff. de Hæred. instit.* & tradit Sanch. *supra, num.*18. & Mol. *d. disp.*206. *numer.*9. Cùm enim impossibile sit viuere eum, qui nunquam extitit, merito illa conditio tanquam impossibilis, & nugatoria rejicitur.

Nota denique licèt conditio de jure 177 im-

impossibilis in vltimis voluntatibus rejiciatur, vt probatum est, tamen si jus conditionem vetans sit dispensabile,& Superior solitus sit in eo dispensare, non rejici talem conditionem, quando testator expressè adjecerit, *Si Superior dispensauerit*: vt si legatum relinquatur sub conditione nubendi consanguineæ, *Si Pontifex dispensauerit*. Ita Costa *lib.* 1. *Selectar. cap.*8.*num.*14. Molin.Jurista,*lib.*2 *de Primog. cap* 13.*à num.*8. & alij quos citat,& sequitur Sanch. *lib.*5. *de Matrim. disp.*5. *num.*19. Ratio est, quia licèt quod pendet à voluntate,& concessione Principis, reputetur impossibile, quando Princeps non solet id concedere, vt probat text. *in l.Idem Iulianus.* 41. §. *Constat* (quæ lex aliàs incipit, *Aphricanus*, & in alia editione, *Apud Iulianum*) *ff. de Leg.* 1. ibi: *Quoniam commercium,nisi jussu Principis non est, cùm distrahi non soleant*. Secus tamen est,quando Princeps id concedere consueuit, vt idem textus probat, & tradunt plurimi DD. quos idem Sanch. refert *d. disp.*5. *num.* 12. & sequitur *num.* 13. dicens esse sententiam multò probabiliorem: ergo quando in conditione de re vetita per jus, in quo Superior dispensare solet, fuerit adjectum, *Si Superior dispensauerit*, talis conditio non censetur impossibilis, & consequenter non rejicitur ab vltima voluntate.

178 Nec obstat quod aliquis posset apponere, ex *l.Continuus*, 137. §. *Cùm quis*, *ff. de Verbor. obligat.* vbi dicitur, quod stipulatio non debet æstimari secundùm jus temporis futuri, sed præsentis, & ex *l.Si stipulor*, 35. *in fine principij*, *ff.eodem* vbi dicitur, si stipuler, sororem adoptiuam meducturam, non valere stipulationem, quia statim fit contra bonos mores Cum quibus textibus concordat *l.* 14. *fine tit.*4.*Part.*6. Id, inquam non obstat, quia illi textus loquuntur quando promittitur aliquid prohibitum, non expressa conditione, *Si Princeps dispensauerit*, vel quando talis est prohibitio, in qua non soleat dispensari, vt bene notat Sanch. *d.num.* 19. qui præterea *num.*21. cum Meres. & aliis aduertit, quòd legatario, seu honorato sub dicta conditione incumbit impetrare dispensationem, [illegible] ipse teneatur implere conditionem, si vult consequi legatum.

Secunda conclusio: conditio necessaria, seu ad alteram contradictionis partem determinata, licèt sit, & concipiatur de futuro, non suspendit vltimam voluntatem, nec vllam aliam dispensationem, & perinde habetur,acsi adjecta non esset. 179 Probatur, ex *l. Nam si*, *juncta l. præcedente*, *& consequente ff. de Condict. indeb.& l.Si pupillus*, 9.§.*Qui sub conditione*, *ff.de Nouationibus*,ibi: *Qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, purè videtur stipulari*, & *l. Impossibilis*, 7. *ff.de Verb.oblig.* ibi: *Si talis conditio inferatur stipulationi, si cælum non ascendero, hæc vtilis, & præsens est*. Idē habetur, §.*Si impossibilis*, *Instit. de Inutil. stipulat.* & ita docent Ant. Gomez *tom.*1.*Variar.cap.*12.*num.* 63. Mol.*disp.* 206. *num.* 10. Sanch. cum pluribus *lib.* 5. *de Matrim.disp.*2.*num.*2. Ratio est,quia licèt ejusmodi conditio apponatur de futuro, tamen jam est præsens, & determinata in sua causa, & ideo statim censetur impleta, ac minimè pendens, proindeq; non suspendit actum, nec tollit quominus statim sit purus, & validus.

Intellige verò hanc conclusionem primò,nisi disponens crederet conditionem 180 esse contingentem; quia cùm in ejus animo, & apprehensione contingens sit, effectum contingentis producere debet: quemadmodum *supra*, *num.*171. dictum est, conditionem impossibilem, quam testator existimabat possibilem, non haberi pro non adjecta, sed admitti, & afficere actum, perinde acsi possibilis esset. Intellige secundò, nisi conditio necessaria esset incerta respectu disponentis, vt, *Si sol tali die eclipsetur*, tunc enim actum suspendet, donec conditio eueniat. Nec obstat text. in §. *Conditiones*, *Inst. de Verbor.oblig.* ibi: *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, quanuis nobis incerta sint*. Nam hic textus procedit de conditione de præterito, vel præsenti. Intellige tertiò, nisi conditio

tio exprimatur per dictionem, *Cùm*, vt, *Cùm Petrus morietur*; in quo casu licèt dispositio sit pura, eoquòd conditio necessariò extitura est, attamen est suspensa, & caret effectu, donec conditio existat, vt constat *ex l. Hæres meus*, 78. *in princ. ff. de Condit. & demonstr.* ibi: *Hæres meus, cùm morietur Titius, centum ei dato; purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere.* Has omnes limitationes ponit Sanch. *d. disp.* 1. *num.* 3. 4. & 8. circa conditionem necessariam matrimonio adiectam: eadem autem est ratio, quando adjicitur vltimis voluntatibus, & alijs dispositionibus.

§. 3. *De conditione non nubendi.*

SUMMARIUM.

Conditio non nubendi adiecta vltimæ voluntati est nulla, & habetur pro non adiecta; *num.* 181.

Ampliatur præfata resolutio, 1. *vt dicta conditio virgini imposita rejiciatur etiam respectu secundi matrimonij*; *num.* 182.

Ampliatur 2. *vt etiam quando virgini relinquerentur* 100. *si nupserit, &* 200. *si non nupserit, possit capere* 200. *licèt nubat*; *num.* 183.

Ampliatur 3. *vt non valeat dicta conditio, quando aliquid sub ea relinqueretur patri, vel alteri ita coniuncto personæ quæ nubere prohibetur, vt verosimile sit, quòd ipsa à nuptijs abstinebit, ne ille alius relictum amittat. Et quid si aliquid relinquatur Titiæ, & extraneo, si illa non nupserit? numer.*. 184.

Ampliatur 4. *vt etiam quando aliquid relinqueretur extraneo sub conditione, si virgo non nupserit, talis conditio non valeat, si ille extraneus rogatus sit illi virgini restituere*; *num.* 185.

Ampliatur 5. *vt non valeat conditio non nubendi, quando aliquid sub ea relinqueretur virgini cum onere illud restituendi: tenebitur autem illud restituere, nisi ipsum etiam onus restituendi esset impositum sub conditione auertente à nuptijs, vt dicendo:* Lego Titiæ 100. si non nubat, & si nubat restituat illa Sempronio; *num.* 186.

Ampliatur 6. *vt etiam rejiciatur conditio auertens à procreandis liberis, vt si dicatur*, Relinquo Titio 100. si liberos non habuerit, vel si decesserit sine liberis; *num.* 187.

Ampliatur 7. *vt non solùm conditio, sed etiam tempus rejiciatur, quando dictum esset*, Si Titia non nupserit, habeat post mortem suam 100. *si autem appositum fuerit aliud tempus, vt post biennium, vel cùm Petrus fuerit prætor, rejecta conditione non nubendi, valebit temporis adiectio*; *num.* 188.

Limit. 1. *dicta resolutio in viduis, vt in eis valeat conditio non nubendi. Viduæ autem hoc loco intelliguntur, quæ matrimoniam consummarunt; & comprehenduntur etiam vidui*; *numer.* 189.

Limit. 2. *in impotentibus ad generandum*; *num.* 190.

Limit. 3. *fauore causæ piæ, vt quando relinqueretur aliquid virgini, si non nupserit, & si secus fecerit, quòd detur alicui monasterio*; *num.* 191.

Limit. 4. *vt non procedat in conditione prohibente nuptias ad tempus, vel solùm in certo loco, aut cum certis personis*; *num.* 192. *Oportet autem, vt non jubeatur expectari tempus adeò longum, vt verosimile sit virginem non inuenturam tunc virum paris conditionis, cui nubat. Et quando tempus nimiùm protraheretur, solùm expectabitur, quòd judex arbitrabitur*; *numer.*. 193.

Conditio viduitatis pro tempore incerto rejicitur, vt quando diceretur, Si non nubat, donec Titius moriatur. *Non rejicitur autem conditio quando aliquid ita relinquitur*, Titiæ, si nupta non erit; *num.* 194.

Conditio non nubendi in certo loco non valet, nisi extra eum locum possit matrimonium commodè iniri; *num.* 195.

Conditio non nubendi certis personis non valet; si extra eas personas non possit virgo commode nubere; num.196.

Per conditionem, si Mæuia non nupserit Caio, *videtur relictum legatum post mortem alterius, scilicet, vel Caij, vel Mæuiæ, qui priùs morietur. Nec in tali conditione habet locum cautio Mutiana; num.197.*

Cautio Mutiana solùm admittitur in conditionibus de non faciendo, quæ viuo legatario impleri non possunt; ibidem.

Conditio non nubendi personæ ignobili, vel sanguinis infecti, est valida, neque impletur, si tantùm in primis nuptijs ei pareatur. Et comprehendit etiam matrimonium non consummatum cum tali persona, non autem si sit irritum; num.198.

181 Tertia conclusio: conditio non nubendi adjecta vltimæ voluntati est nulla, & habetur pro non adjecta: vt si hæreditas, vel legatum relinquatur virgini, *Si non nupserit*, obtinebit tale relictum perinde acsi ea conditio adjecta non esset, *l. Quoties, 22. & l. Cùm tale, 71. §. Mæuiæ, & l. Titiæ si non nupserit, ff. de Condit. & demonstr.* Ratio est quia vt dicitur *in l.2. Cod. de Indicta viduitate*, reipublicæ interest, vt multis ex legitimo matrimonio procreatis augeatur. Vnde infert Costa *in d.l. Cùm tale, §. Si arbitratu, ampliat.* 1. & Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 34. num.3.* posse legatarium, cui legatum sub dicta conditione relictū est, illud vendicare, perinde acsi purè relictum esset. Idemque dicendum in donatione causâ mortis sub tali conditione factâ, vt notat idem Costa *ampl.2. num.1. & 2.* & Sanch. *vbi supra.*

182 Prædictam conclusionem ampliabis primo, vt prædicta conditio non nubendi virgini imposita non solùm rejiciatur respectu primi matrimonij, sed etiam respectu alterius sequentis, vt nimirum si virgini legentur 100. si non nupserit, tale legatum obtineat, nec teneatur restituere, licèt sæpius nubat. Ita Sanch. *d. disp. 34. num.5.* contra Costam *in d. § Si arbitratu, limit. vlt. num.6.* vbi contendit, quod virgo illa, si secunda vice nubat tenetur legatum restituere, motus ea ratione, quia conditio, *Si non nupserit*, cum sit negatiua, est perpetua, & extenditur ad quaslibet sequentes nuptias: vnde quemadmodum valeret conditio, *Si secundò non nubat*, ita etiam simplex illa conditio, *Si non nubat*, valet quoad secundas nuptias & solùm rejicitur quoad primas. Sed ad hoc bene respondet Sanch. quòd illa conditio, *Si non nubat*, intelligitur de primis nuptijs, cùm sermo absolutè prolatus de prima vice intelligatur, *l. Boues, §. Hoc sermone, ff. de Verb. signif.* & ita omnino rejicitur, & habetur pro non scripta tanquam jure reprobata: nec refert quòd sit conditio negatiua, & perpetua, omnes futuras nuptias includens; quia vt valeret & suum produceret effectum quoad secundas nuptias, debebat apponi modo in jure permisso.

Ampliabis secundò, vt rejiciatur etiam dicta conditio abstinendi à nuptijs, quando virgini, v.g. relinquerentur 100. & 200. si non nupserit. Poterit enim capere illa 200. quamuis nubat, vt constat *ex d. l. Titiæ non nupserit, ff. de Condit. & demonstr.* & docet Barthol. Couar. & alij apud Sanch. *d. disput. 34. numer. 6.* vbi contra aliquos bene addit, hoc procedere, licèt testator expresserit, eam esse suam voluntatem: quia prædictæ leges rejicientes conditionem non nubendi valent in vtroque foro, etiam contra certissimam voluntatem testatoris, vt idem Sanch. tradit *eodem lib.1. disp.33. num.2.* & alij. 183

Ampliabis tertiò, vt non valeat etiam conditio prohibens nuptias adjecta dispositioni, qua aliquid relinquitur patri, tutori, vel curatori, vel amico ita conjuncto personæ quæ nubere prohibetur, vt verosimile sit, quòd illa à nuptijs abstinebit, ne ille alius relictum amittat. Ita Costa *in d. l. Cùm tale, §. Si arbitratu, ampliat.9. maximè num.6. & limit.4. ex num.1.* Mantica *de Conjectur. vltim. vol. lib.11.* 184

*lib.*11.*tit.*19.*num.*5. Sanch. *lib.*5.*de Matrim.disp.*34.*num.*10. & alij, idemque dicendum est, si relinquatur consanguineis, vt idem Sanch. cum Jasone aduertit. Quod si aliquid relinquatur Titiæ, & extraneo, si illa non nupserit, rejicietur conditio pro parte Titiæ relicta: non ita verò pro parte relicta extraneo, quæ pars, Titia nubente, nec pertinebit ad ipsum extraneum ob defectum conditionis, nec accrescet Titiæ, vt decernitur *in l. Mulieri, & Titio, ff. de Conditionibus, & demonstr.* notatque eum alijs Mantica, *sub num.*5. & Sanch *supra*. Ratio est, quia jus accrescendi non datur contra voluntatem testatoris; vnde cùm Titia tale legatum habeat ex dispositione legis, non ex voluntate testatoris, eidem non accrescet alia pars inutiliter relicta extraneo.

185 Ampliabis quartò, vt etiam quando aliquid relictum fuerit extraneo sub conditione, *Si virgo non nupserit*, talis conditio non valeat, si ille extraneus rogatus sit tale relictum restituere ipsi virgini. Sic Costa *in d. §. Si arbitratu, ampliat.* 5. Mantica *d. num.* 5. & Sanch. *num.* 8. per text. *in l. Auiæ, §. Titio, ff. de Condit. & demonstr.* & patet ratione, quia per talem cōditionem in eo casu trahitur mulier ad cælibatum, vt fideicommissum obtineat.

186 Ampliabis quintò, vt non valeat etiam conditio, quando aliquid relinqueretur virgini, *Si non nupserit*, & rogata esset tale relictum restituere, obtinebit enim legatum, quanuis nubat, & tenebitur illud restituere juxta dispositionem testatoris, vt habetur *in l. Non dubium, ff. de Leg.*3. & tradunt Costa *supra ampliat.*6. Mantica *lib.*11.*de Conjectur. tit.* 19. *num.* 4. & Sanch.*lib.*1. *de Matrim. disp.* 34. *num.*9. censetur enim purè relictum esse. Quòd si tam legatum, quàm onus fideicommissi illi mulieri relinquatur sub conditione auertente à nuptijs, vt dicendo *Lego Titiæ* 100. *si non nupserit, & si nubat, restituat illa Sempronio*, obtinebit Titia legatum tanquam purè sibi relictum, & non tenebitur illud restituere, vt bene aduertunt Mantica, & Sanch. *vbi supra*, habeturq; expressè *in l. Quoties, ff. de Cōdit. & demonstr.* quia tunc etiam illa conditio, si nubat fideicommisso adjecta viduitatem inducit.

Ampliabis sextò, vt similiter conditio auertens à procreandis filijs prorsus rejiciatur, vt si testator dicat, *Relinquo Titio* 100. *si liberos non habuerit*, vel, *si sine liberis decesserit*. Sic cum alijs Sanch. *d. disp.*34.*num.*7. quia in hac conditione includitur propria, & formalis ratio ob quam jure improbatur, & rejicitur conditio non nubendi, quæ est, ne sobolis procreatio impediatur, vt supra notauimus. 187

Ampliabis septimò, vt non tantùm conditio, sed etiam tempus rejiciatur ab hujusmodi relicto, vt si dictum sit: *Si Titia non nupserit, habeat post mortem* 100. tunc enim statim relictum illud debebitur: secus autem, si apponatur aliud tempus, siue certum, siue incertum, vt post biennium; vel cùm Petrus fuerit prætor. Nam tunc, rejecta conditione non nubendi, valebit temporis adjectio, & legatum non debebitur ante illud tempus. Sic habetur *in d. l. Cùm tale, §. Mæuiæ, ff. de Condit. & demonstr.* & ibi omnes; quòd etiam notat Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.*12. *num.* 78. & Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. disp.*34. *num.*28. 188

Limita verò eandem conclusionem primò in viduis: nam licèt per aliquas leges Digestorum etiam à viduis dicta conditio non nubendi rejiceretur, tamen per jus nouum *in Auth. de Nuptijs, §. Quæ verò, collat.*4. *& Auth. Cui relictum, C. de Indicta viduitate*, constitutum est, vt solùm à virgine excludatur. Atque ita relatis alijs docet Mantica *lib.* 11. *de Conject. vltim. vol. tit.*19.*num.*2. Molin.*disp.* 207.*num.* 3. & Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. disp.* 34. *num.* 29. estque communis sententia; & meritò, quia à secundis nuptijs abstinere honestum est, *cap. finali*, 31.*q.*1. Nomine autem *virginis*, à qua dicta conditio rejicitur, intelligitur quæ nunquam nupsit, licèt sit corrupta, vt aduertunt Mol. *d.n.*3. Sanch *n.*30. & multi alij quos refert. Intelligitur etiā vidua, quæ matrimoniū non consūmauit. Vnde in solis viduis, à quibus cōsūmatū est matrimoniū, 189

illa conditio admittitur, vt cum Baldo, Angelo, Paul. Castr. Anton. Gomez, & aliis tradit Sanch. *supra*. Habet autem locum non solùm in viduis fœminis, sed etiam in maribus, vt constat ex *Auth. de Nuptijs d §.Quæ verò, vers. Vnde Sancimus*, ibi: *Siue vxor maritum*. Et prætereà, quia vir & vxor non debet ad imparia judicari *cap. Gaudemus, de Diuortijs*, & ita docent Couar. *in 4. Decretal. 2 p cap. 3. §. 9 num. 3.* Anton.Gomez *tom. 1.Variar.cap. 12. num. 78.* Mantica, *d. tit. 19 à num. 12.* Pinel. *in l.finali, num. 17.C. de Bonor matern* Mol *disp. 207. n. 4.* & cũ multis alijs Sanch. *d.disp. 34. n. 31.* contra Paul.Castr.& Jasonem quos refert.

190 Limita secundò in impotentibus ad generandum, vt Eunuchis, cùm dicta conditio non nubendi rejiciatur ratione sobolis procreandæ: quare si matrimonium contrahant, licèt inualidè, legatum sub ejusmodi conditione ipsis relictum amittent. In muliere tamen sterili non valebit conditio, quia sterilitas non censetur perpetua, nec matrimonium impedit. Ita Costa *in d.l.Cùm tale, §. Si arbitratu, limit. 1.* & Sanch *supra, num. 33.*

191 Limita tertiò fauore causæ piæ, vt si aliquid relinquatur virgini, *Si non nupserit, & si secus fecerit, quòd detur alicui monasterio, vel pauperibus*. Ita Mantica *lib. 11 de Conject. vlt. vol. tit. 18. n. 9. & tit. 19. n. 11.* Tiraquel. *de Priuileg causæ piæ, priuil. 18.* Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 34. num. 34.* & plures alij quos citant, argum text. *in l.Titio vsusfructus, §. vlt. ff. de Condit. & demonstr.* vbi fauor libertatis præfertur fauori nuptiarum: valet autem argumentum à libertate ad causam piam, *l.Sunt personæ, in fine, ff. de Religios. & sumpt. funer. & cap. vlt. de Re judicata*. Aliqui tamen de hoc dubitant quos refert Mantica, & Sanch. *loco cit.*

192 Limita quartò, vt non procedat in cõditione prohibente nuptias ad tempus, vel solùm in certo aliquo loco, vel cum aliquibus personis: vt si testator diceret, *Lego Mæuiæ 100. si non nubat ante 25. annum*: vel, *Si non nupserit Elboræ*, vel, *Si non nupserit Titio*, vel, *Si neque Titio, neque Mæuio, neque Seio nupserit*. Quòd vltimum exemplum approbatur *in l. Cùm ita, & sequenti, ff. de Condit. & demonstr.* & ita docent Ant.Gom. *tom. 1. Var. cap. 12. num. 18.* Mantic. *d. tit. 19. à numer. 6.* Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 34. à num. 35.* & multi alij quos referunt.

Nota vero circa hanc limitationem primò, quanuis de jure constet non rejici conditionem non nubendi intra aliquod certum tempus, *l. Sed si hoc, §. finali, ff. de Condit. & demonstr.* oportere tamen, ne tam longum sit tempus, vt si tandiu matrimonium protrahatur, verosimile sit, virginem non inuenturam tunc virum paris conditionis, cui nubat, vt bene aduertit Mantica, *d tit. 19. n. 8.* Henriq. *lib. 11 de Matrim. cap. 6. n. 6.* & Sanch. *supra, n. 36.* censeretur enim tunc illud tempus adjectum in fraudem matrimonij, & sic rejicietur, argum. *l. Cùm ita legatum, & l. Hoc modo, & l. Hæres meus, §. vlt. ff. de Condit. & demonstr.* Addit autem Sanch. cum Guillielmo Benedicto, & alijs, quando tempus nimiùm protraheretur, ita vt dio impediretur matrimonium, expectandum esse tempus, quod judex arbitrabitur, reliquo rejecto. 193

Nota secundò, non valere conditionem viduitatis pro tempore incerto, vt si virgo non nubat, donec Titius moriatur; quia talis temporis viduitas æquiparatur perpetuæ. Sic cum alijs Costa *in d.l. Cùm tale, limit. 8. n. 9.* dicens hoc debere apud omnes constare: & Sanch. *d. n. 36.* Cum hoc tamen stat non rejici conditionem, quando aliquid ita relinquitur: *Titiæ, si nupta non erit*, quia intelligitur, *Si quando testator obierit, non fuerit nupta*: & licèt incertum sit, quo tempore ille morietur, tamen ejusmodi conditio non inducit viduitatem, sed confertur legatum in casu quo nupta non sit, quando testator decesserit. Sic Costa latè probans *d. §. Si arbitratu, tota limit. 7.* & Sanch. *sup. n. 37.* 194

Nota tertiò, quando dicitur valere cõditionem nõ nubendi in certo loco, id intelligi, dũmodo extra illud oppidum possit commodè matrimonium iniri, vt benè Costa *d. §. Si arbitratu ampliat. 8. n. 1.* & Sanch. 195

Sanch. *d. disp.* 134. *n.* 38. alioqui enim censebitur illa conditio adjecta in fraudem matrimonij, & sic rejicietur.

196 Nota quartò, cùm dicitur valere conditionem non nubendi respectu aliquarum personarum, vt, *Si non nubat Caio, neque Titio*, &c. intelligendum esse, quando moraliter, & spectatis omnibus circunstantijs liberum tali personæ relinquitur reipsa nubere: secus autem, quando extra eas personas non posset commodè nubere. Ita sumitur *ex d. l. Cùm ita, & sequenti, ff. de Condit. & demonstr.* vbi dicitur, propterea valere dictam conditionem, *Si non nubat Titio, Caio*, &c. quia non prohibetur alijs nubere: vnde bene à cessante ratione colligitur, quòd quando tales sunt circunstantię, vt ea persona non possit commodè alijs nubere, cessat dispositio illius legis, & conditio rejicienda est, tanquam simplex conditio non nubendi. Atque ita sentiunt Costa *d. §. Si arbitratu, ampliat.* 8. *num.* 1. Molin. *d. disput.* 207. *numer.* 1. & Sanch. *d. disp.* 34. *num.* 39.

197 Nota quintò, per hanc conditionem, *Si Mæuia non nupserit Caio*, videri relictum legatum post mortem alterius, scilicet, vel Caij, vel Mæuiæ, qui priùs morietur; itaut nec si Mæuia alteri nupserit, illud statim consequatur, nec cautio Mutiana locum habeat, cùm enim illa conditio sit negatiua, atque adeo malignantis naturæ tollens totum quod sequitur, non intelligitur tantùm de primis nuptijs, & consequenter non censetur impleta per hoc, quòd Mæuia alteri nubat, sed est pendens quandiu illa, & Caius viuunt, siquidem contingere potest, vt Mæuia priore conjuge amisso, Caio postea nubat, vel non nubat: & ita suspensum est legatum, nec dies ejus cedit, donec alter eorum decedat. Et cùm contingere possit, vt Caius moriatur prior, atque adeo vt viuente Mæuia conditio impleatur, non est locus cautioni Mutianæ, quę solùm admittitur in conditionibus de non faciendo, quæ viuo legatario impleri non possunt, *l. Mutianæ*, 7 *& l. Cùm tale*, 71. §. 1. *ff. de Condit. & demonstr.* Atque ita sentiunt Mantica *lib.* 11. *de Coniect. vlt. vol. tit.* 19. *num.* 9. & Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. disp.* 34 *num.* 41. licèt simpliciter asserant illam conditionem, si Mæuia Caio non nupserit, efficere vt legatum post mortem Caij relictum videatur: intelligendi enim sunt, nisi Mæuia priùs obeat, cùm eâ ante Caium decedente conditio impleatur, & dies legati cedat.

Nota denique, si hæreditas, vel legatum alicui relinquatur sub conditione nō contrahendi matrimonium cum ignobili, vel descendente à Judæis, aut Saracenis, (quæ conditio valida est ex communi sententia, quam cum Gregorio Lopez, Molina Jurista, Meres, Azeuedo, Henr. & alijs tradit Sanch. *d. disp.* 34. *num.* 40. quia relinquit libertatem nubendi alijs) amittere tale relictum, non solùm si conditioni non pareat, quando prima vice nubit, sed etiam si tantùm ei non pareat in secundis nuptijs: quia cùm illa conditio sit negatiua, atque adeo perpetua cōprehendit omnes nuptias, præsertim cùm in omnibus militet eadem ratio prohibitionis. Atque ita docet Sanch. *d. disp.* 34. *num.* 42. post Meres de Maiorat. 1. *p. q.* 51. *num.* 36. qui *num.* 37. addit, & latè probat, hoc procedere, licèt matrimonium non consummauerit conjuge obeunte, vel Religionem profitente: si autem matrimonium esset irritum, credunt jidem DD. non amitti legatum. Quam diligentiam habere debeat ad scrutandum gradus, qui sub dicta conditione honoratus est? Vide apud Molin. Juristam *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 13. *à num.* 29. Item vtrum ad implementum conditionis non contrahendi cum ignobili sufficiat nobilitas ex sola paterna linea, vel solo priuilegio concessa? Consule Gregor. Lopez *l.* 3. *tit.* 21. *Partit.* 2. *verbo, Con villana*, & Meres *d. q.* 51. *per totam.* 198

(?)

Nn 3 §. 4. *De*

§. 4. *De conditione nubendi arbitratu alicujus tertij.*

SUMMARIUM.

Conditio, Nubendi arbitratu, seu de consensu alicujus tertij, *habetur pro non adjecta in vltimis voluntatibus: & per* arbitratum *intelligitur etiam prudentiale judicium, juxta probabiliorem sententiam; num.* 199.

Conditio nubendi arbitratu alicujus tertij non rejicitur, quoad hoc, vt persona instituta teneatur nubere, sed solùm vt teneatur nubere arbitratu illius tertij, num. 200.

In eisdem fermè casibus, in quibus admittitur conditio non nubendi, vt in viduis, fauore causæ piæ, &c. admittitur etiam conditio nubendi arbitratu tertij; num. 201.

Conditio nubendi arbitratu tertij rejicitur tanquam turpis, & impossibilis, si imponatur non potentibus matrimonium contrahere; ibid.

Vtrum rejiciatur conditio nubendi arbitratu patris? Prima sententia affirmat; num. 202. *Secunda negat, num.* 202. *& seqq. Præfertur secunda, sententia, & fundamentum primæ sotuitur, num.* 209.

Olim per leges Ciuiles erat irritum matrimonium filiorum nubentium absque consensu patris; num. 204. *Hæ leges sunt reuocatæ per jus Canonicum: at non sunt ampliatæ aliæ leges, quæ conditionem, arbitratu tertij, à nuptijs excludebant, ad hoc vt etiam cōditionem consensus paterni excluderent; neque fuit sublata honestas, quæ illum adhiberi suaserat; num.* 205.

Conditio, Si pater consentiat, *est justa, & honesta in matrimonijs filiorum. Item conditio,* Si patri placuerit, *non rejicitur à matrimonio; num.* 206.

Filius nubens absque consensu patris agit perperam, & quanta in hoc sit deordinatio? num. 207.

Filia nubens ante 25. *annum absque consensu patris, vel matris, si patrem non habeat, exhæredatur per leges Lusitanas; num.* 208.

Conditio nubendi cum consilio alicujus tertij non rejicitur ab vltima voluntate. Et quid ea conditio operetur? num. 210. *Limitatur verò præfata resolutio,* 1. *vt non procedat de conditione sequendi consilium:* 2. *vt etiam non procedat, quando magnum periculum esset in requisitione consilij, ita ut matrimonij libertas tolli omnino videretur:* 3. *vt similiter non procedat, quando longe abest is, à quo consilium est petendum, & datur periculum in mora; numer.* 211.

Quando requiritur consensus tertij non excusatur grauatus in eo quòd longè abest is, à quo petendus est; ibid.

An conditio petendi consilium operetur, si is, à quo petendum erat, viuo testatore decedat? num. 212.

Quarta conclusio: conditio, *Nubendi arbitratu, seu de consensu alicujus tertij,* habetur pro non adjecta in vltimis voluntatibus. Sic habetur *in l. Filiæ suæ,* 38. *in princip. & l. Cùm tale,* 71. *§. Si arbitratu, aliàs, rescriptum. ff. de Condit. & demonstr.* & docent omnes: proceditque non solùm quando *arbitratus* dicit meram voluntatem, sed etiam quando dicit prudētiale judicium, vt tradunt Costa, *in d. l. Cùm tale, §. Citato, ampliat. vltim. num.* 5. *& seqq.* Mol. Jurista *lib.* 2. *de Primog. cap.* 13. *num.* 35. Sanch. *lib.* 1. *de Matimon. disp.* 34. *num.* 19. *Guttier. de Matimon. cap.* 21. *num.* 17. & alij. Quamuis non desint, qui prædicta jura intelligant solùm de arbitratu, vt meram voluntatem dicit, & consequenter quòd non rejicienda conditio nubendi arbitrio boni viri, vt, *Si nubat personæ, quam Petrus ei conuenire judicauerit,* vel *quam Petrus comprobauerit,* vel quid simile. Quæ quidem sententia satis probabilis est ex ijs, quæ pro illa adducit Costa, *supra, num.* 2. *&* 3 vbi etiam pro illo nonnullos DD. refert. Prior tamen resolutio videtur probabilior; quia etiam conditio 199

indu-

inducens necessitatem sequendi judicium boni viri libertatem matrimonij offendit.

200 Nota verò dictam conditionem, *Nubēdi arbitratu alicujus tertij*, solùm rejici quoad hoc, vt persona sic instituta possit obtinere relictum, quanuis nubat absque consensu, vel approbatione illius tertij, non autem quoad hoc, vt non teneatur nubere, si relictum obtinere velit: quia illa conditio includit duas, alteram; *vt nubat*, alteram, *vt arbitratu tertij*: & hæc cū repugnet libertati matrimonij, rejicitur; illa verò cum matrimonio faueat, admittitur. Sic Costa bene hanc rem illustrans *d. Ampliat. vlt. num.* 17. *&* 18. Mantica plures referens *lib.* 11. *de Conject. vlt. vol. tit.* 18 *num* 8. *fine*. Sanch. *d. disp.* 34. *num.* 20. & Guttier. *vbi supra*.

201 Nota præterea in eisdem fermè casibus, in quibus juxta supra dicta, conditio non nubendi admittitur, vt in viduis, fauore causæ piæ, &c. admitti etiam conditionem nubendi arbitratu alicujus. Nam si potest imponi conditio perpetuæ viduitatis, à fortiori, vt non nubat nisi de cōsensu alicujus. Ita Costa, *d. ampliat. vlt. n.* 5. *&* 6. Mantica, *d. tit.* 18. *n* 9. & Sanch. cum alijs *d. disp.* 34. *num* 32 *&* 34. vbi etiam declarant, quid requiratur ad ejusmodi conditionem implendam, vel, vt pro impleta habeatur. Dixi, *in omnibus ferè casibus*, quia si dicta conditio imponatur non potentibus matrimonium contrahere, vt Eunuchis, &c. erit conditio turpis, & impossibilis, & sic rejicienda: cùm tamen respectu talium personarum non rejiciatur conditio non nubendi.

202 Non leuis autem difficultas est, vtrum jura excludentia dictam conditionem nubendi arbitratu alterius, procedant etiam de conditione nubendi ex consensu patris? Partem affirmatiuam tenent expressè Costa *d. ampliat. vlt. num.* 13. *&* 14. Molin. Jurista *lib.* 2. *de Primog. cap.* 13. *num.* 39. Gama *decis.* 314. *num.* 2. *&* 3. vbi testatur ita fuisse judicatum in Senatu hujus Regni. Henr. *lib.* 11. *de Matrim. cap.* 6. *num.* 6. Mol. Theol. *disp.* 207. *num.* 2. Emman. Rodrig. *tom.* 1. *Sum. in* 2. *edit*, *cap.* 133. *num.* 6 & Sanch. *lib.* 1. *de Matrim disp.* 34 *num.* 22. In eandem sententiam adducit Costa *d. num.* 14. *fine*. Aretinum, & Aymonem, ex quibus ille de matris, iste de patris consensu expressè loquitur. Fundamentum est, quia licèt honestissimum sit, vt filij non nisi de paterno consensu matrimonium cōtrahant, tamen jura omnimodæ matrimonij libertati consulere volentia omnes conditiones illi aliquo modo contrarias sustulerunt. Confirmatur *ex d. l. Filiæ suæ, ff. de Condit. & demonstr.* vbi si pater legauit filiæ centum, si arbitratu Titij nubetet, remittitur conditio arbitratûs: & tamen in Titio, cujus arbitratum pater requiri voluit, eadem fere legis fiducia considerari potest circa filiam conuenienter maritandam, quæ in ipso patre, argum. *l. Amicissimos, ff. de Excusat tutor.* & quod Baldus, *in l.* 1. *in fine, Cod. de Nuptijs*, aduertit, grandem esse auctoritatem ejus, cui arbitrium nuptiarum filiæ pater commisit; quòd is arbitratum ipsius referre videatur: ergo pari ratione intelligi debet, quòd etiam conditio arbitratûs relata ad ipsum patrem per leges excluditur.

Pro contraria nihilominus sententia 203
stat Vincentius de Herculanis apud Costam *supra, vers. Ex his colligitur*; stant etiam à fortiori Joannes Lop. de Palatio Rubeo *in cap. Per vestras, not.* 3. *§.* 21. *num* 2. *fin. & num.* 4. *de Donation. inter vir. & vxor.* & Meres *de Maiorat. q.* 50. *num.* 8. *&* 44. *in Noua edit. anni* 1620. qui tradunt valere conditionem, qua pater filium grauat in melioratione, seu legato vltra legitimam, ne vxorem ducat absque consensu matris, vel fratrum, alteriusue propinqui, aut amici; stat præterea, licèt cum modificatione, Guttier. *de Matrim. cap.* 21. *ex num.* 18. *vsque ad* 23. vbi tuetur prædictam opinionem Rubei, & Meres, quando testator exprimeret, quòd filius, vel filia aliter faciens à legato excluderetur, & tandem *num.* 23. in proprijs terminis præsentis quæstionis asserit, se veriùs credere, seruandam esse conditionem adjectam legato, ne filius absque pa-

terno conſenſu vxorem ducat, quando teſtator ſimul adjeciſſet, vt priuetur legato ſi conditioni non obtemperauit, niſi pater inique arbitretur, quod præſumi non debet, ſed potiùs contrarium. Stat denique expreſsè pro hac ſententia Rebellus *p.2.de Obligat.juſt lib.18 q.16.numer.2.* addit verò non debere filium, ſi prædictę conditioni non obtemperauit, legatum amittere, ſi pater irrationabiliter vel conſenſum præſtare nollet, vel nuptias differret ſine cauſa, vel denique ſi ipſe filius ex cauſa rationabili à conſenſu patris diſreparet. Citantur etiam pro hac ſententia Antonius do Prato *conſil.136. num.18. lib.1.* Burgos de Pace *conſil.20. à num.5.* Flores de Mena, *in Additionibus ad Gamam deciſ.316. aliàs 317.* Cephalus *conſil.700.lib.5.*& alij quos videre non potui.

204 Probatur hæc ſententia primò, & efficaciter, quia leges rejicientes tanquam inualidam conditionem, *Si nupſerit arbitratu Titij*, fuerunt conditæ per antiquos legiſlatores, à quibus jura Digeſtorum dimanarunt, vt patet *ex d. l. Filiæ ſuæ, & l. Cùm tale, §. Si arbitratu, ff. de Condit. & demonſtr.* ex quibus nulla continet extenſionem, quam prior ſententia facit, ad conſenſum vel arbitrium patris, ſed potiùs talem extenſionem reſpuere debent: nam tempore illorum legiſlatorum, non ſolùm non rejiciebatur neceſsitas adhibendi conſenſum patris in nuptijs filiorum, ſed potiùs indicebatur, itaut juxta illorum leges non conſiſterent matrimonia filiorum abſque paterno conſenſu, vt conſtat *ex l.2 ff.de Ritu nuptiar.* ibi: *Nuptiæ conſiſtere non poßunt, niſi conſentiant omnes*, id eſt, *qui coeunt, quorumque in poteſtate ſunt*; *& ex l. Nepos, ff. eod.* ibi: *Si nepos uxorem velit ducere, auo furente, omnino patris auctoritas erit neceſſaria: ſed ſi pater furiat, auus ſapiat, ſufficit aui voluntas*; *& ex l. Filius emancipatus, ff. eod. & ex l.3. §. Emancipatus, ff. de Bonor. poßeſſ. contra tabul.* & *§.1. Inſt. de Nuptijs.* Conſonant *l.2. l. Viduæ, & l. In conjunctione, Cod. eod.* Vnde quoties agebatur, vt cujuſquam filius, vel filia matrimonium iniret, tacitè inerat conditio, ſi ejus pater conſentiret. Cum quo ſanè non cohæret, vt leges eorumdem temporum, quæ conditionem arbitratus tertij rejiciebant, extenderentur ad conditionem arbitratus paterni, vt per ſe videtur notum: ergo talis extenſio admittenda non eſt, ne legum antinomiam admittamus.

Nec obſtat, quòd leges, quæ conſenſum paternum poſtulabant, vt neceſſarium ad valorem matrimonij, ſunt hodie per jus Canonicum reuocatæ: nam talis reuocatio non ampliauit illas leges, quæ conditionem arbitratus tertij excludebant. Vnde ſi olim ad arbitratum patris non extendebantur, neque hodie illum comprehendunt. Accedit, quòd licèt per jus Canonicum fuerit ablata neceſsitas conſenſus paterni ad valorem matrimonij, non tamen fuit ablata honeſtas, quæ illum adhiberi ac requiri perſuaſerat, vt etiam contrariæ ſententiæ DD. fatentur aſſerentes, illum conſenſum non requiri hodie de neceſsitate, ſed de honeſtate. Vnde Sanch. *lib.4. de Matrim. diſp.22. num 3.* cùm *num.2* adduxiſſet plures textus juris Canonici exigentes conſenſum paternum in matrimonio filiorum, aſſerit eos eſſe intelligendos de honeſtate. Quod ſanè ſufficit, vt non debeat intelligi, quòd leges excludentes ab vltimis voluntatibus conditionem nubendi arbitratu alterius, extendantur ad conditionem arbitratus paterni, quæ cùm ad honeſtum inducat, non rejicienda, ſed commendanda eſt. Et hinc, 205

Probatur ſecundò eadem ſententia, quia conditio, *Si pater conſentiat*, eſt juſta & honeſta in matrimonijs filiorum, vt conſtat ex proximè dictis, & *ex cap. Super eo, de Conditionibus appoſitis*, vbi Pontifex illam admittit dicens, non improbari à Canonicis inſtitutis: ergo non debet computari cum ijs, quas jura tanquam turpes, & malè impedientes libertatem matrimonij reprobant, ac pro non adjectis habent in vltimis voluntatibus. Confirmatur, quia conditio, *Si patri placuerit*, non rejicitur à matrimonio, vt expreſ- 206

pr. ſsè habetur *in d.cap. Super eo*:ergo neque etiam debet rejici ab vltima voluntate, qua aliquid relinquitur nubenti de beneplacito patris; nam circa conditiones admittendas, vel rejiciendas valet argumentum ab vltima voluntate ad matrimonium, & econtra, vt constat ex dictis *§.2.num.*172.

207 Probatur tertiò, quia licèt ſit validum matrimonium, quod filius contrahit ſine conſenſu patris, tamen modus ita contrahendi per ſe loquendo eſt irrationalis, & injurioſus patri, cujus vt eſt filios alere, ita & de matrimonio prouidere: vnde filius ita contrahendo officium patris vſurpat, *cap.Honorantur*, 32 *q.*1.*cap.Noſtrates*,30.*q.*1.*& cap.*1. *de Deſponſationibus impuber.* & peccat mortaliter juxta ſententiam plurimorum DD. quos refert Sanch. *lib.*4.*de Matrim. diſp.* 23.*num.*9. & poteſt puniri ob eam culpam per leges Ciuiles, vt contra nonnullos defendit Barboſa 4.*p. l.*1. *num.* 36. *&* 37.*ff.Solut. Matrim.* à quibus omnibus deordinationibus, & incommodis auertit dicta conditio nubendi de conſenſu patris, quæ proinde laudabilis, & filijs perutilis cenſeri debet: ergo non debet rejici, cùm abſurdum ſit rejici vt turpem conditionem, quæ laudabilis, juſta, & filio vtilis eſt, illumque à peccato deterret, ac debitam parentibus reuerentiam tuetur.

208 Probatur quartò & vltimò hæc ſententia pro Regnis, vbi per leges puniuntur, qui abſque patrum licentia matrimonium ineunt, vt in hoc Regno Luſitaniæ, vbi pæna exhæredationis imponitur filiæ, quæ nubit ante 25. annum ſine conſenſu patris, vel matris,ſi patrem non habebat, vt habetur *lib.*4.*Ordin.tit.*88.*§.*1. Quam Princeps extendere poteſt ad maſculos, & ad maiores 25. annorum, cùm de omnibus eadem ferme ſit ratio. In hujuſmodi enim Regnis non reprobatur dicta conditio; cùm non ſolùm eorum legibus, quæ in eis ſunt jus commune, non aduerſetur, ſed potiùs earum intentionem adjuuet, eiſque conformis ſit.

209 Hæc ſententia, licèt fortè non ſit tam communis ſicut contraria, mihi tamen videtur longè probabilior, & omnino in praxi ſequenda, cum moderationibus à Rebello adhibitis quas *ſupra, num.* 203. commemorauimus. Ad fundamentum pro contraria adductum reſpondetur facillimè, primò, negando ſimpliciter rejici per leges omnes conditiones aliquo modo contrarias libertati matrimonij, quia conditio, *Si Titio nupſerit*, vel, *Si nupſerit cum perſona paris nobilitatis*, & ſimiles, matrimonij libertatem minuunt, eique aliquo modo aduerſantur,& tamen non rejiciũtur, vt etiam Aduerſarij fatentur, & ex infra dicendis conſtabit. Reſpondetur ſecundò, non rejici per leges quaslibet conditiones libertati matrimonij contrarias, ſed tantùm contrarias rationabili, & benè ordinatæ libertati, qualis non eſt libertas nubendi abſque conſenſu patris, quæ libido potiùs, quàm matrimonij libertas cenſenda eſt, vnde conditiones, quæ ſolùm inducunt ad honeſtè & ordinatè nubendum,non libertatem nuptiarum tollere cenſentur, ſed deordinationem: & talis eſt conditio paterni conſenſus, de qua S. Thom.*in* 4. *diſt.*27.*q.*2. *art.* 1. *ad* 4. meritò dixit: *Hæc conditio non tollit libertatem, ſed auget honeſtatem.* Ad confirmationem deinde reſpondetur,longè maiorem fiduciam haberi de patre, quàm de eo, cujus arbitrio pater commiſit filiæ nuptias, ac longè etiam maiorem reuerentiam patri debere,quàm tali commiſſario,vt eſt per ſe notum;proindeque ex eo quòd leges rejiciant conditionem nubendi arbitrio ejus quem pater ſic probauit, non ſequitur quòd etiam rejicienda ſit conditio nubendi arbitratu ipſius patris.

Illud tandem circa prædictam concluſionem notandum, non rejici ab vltima 210 voluntate conditionem nubendi cum cõſilio talis, vel talis perſonæ. Ita docent communiter DD. quos latè referunt, & ſequuntur Mantica *lib.*11.*de Conject.vltim.volūt.tit.*18.*num.*10. & Sanch. *lib.*1.*de Matrim.diſp.*34.*num.*23. Ratio eſt,quia juſſus facere cum conſilio alicujus non tenetur illud ſequi, ſed tantùm petere, *l. Cùm pater, §. Mando, ff. de Leg.*2. & ita

ta-

talis conditio non est impedimento, nec libertatem matrimonio aufert. Nec propterea est inutilis, quia poterit is à quo consilium petitur, trahere consulentem in suam sententiam, *cap. Cùm olim, de Arbitris.*

211 Hæc tamen resolutio limitanda est primo, vt non procedat in casibus, in quibus non solùm quis grauatur consilium requirere, sed etiam sequi, vt bene aduertit Molin. Jurista *lib. 2. de Primog. cap. 13. num. 38.* vbi adducit DD. apud quos videri potest, quinam sint hujusmodi casus. Illud verò adderem, quòd in his casibus licèt rejicienda sit conditio sequendi consilium, non tamen rejicienda est quatenus imponit grauamen illud requirendi, juxta supra dicta, *num. 200.* & quæ inferiùs dicentur *§. seq. num. 215.* Limitanda est secundò, vt etiam non procedat, quando magnum periculum esset in petitione consilij, ita ut ex eo non solùm videretur impediri libertas matrimonij, sed omnino tolli. Sic idem Molin. *num. 3.* & Sanch. *disp. 34. num. 25.* Limitanda est tertiò, quando is, cujus consilium exigitur, est absens, & est periculum in mora; quia tunc sine ejus consilio potest expediri actus. Sic Bartholus, Abbas, Rebuf. Tiraquel. & alij quos citat, & sequitur Sanch. *supra, num. 26.* vbi ex Rebufo notat, secus esse, quando requiritur consensus. Dicitur autem, non posse peti consilium, quando is à quo petendum est, longè distat, vt bene idem Sanch. post Abbatem, quem refert.

212 Quòd si is, cujus consilium petendum erat, viuo testatore, decedat, quidam censent amitti legatum, argum. *d. l. Cùm tale, §. Si arbitratu, ff. de Condit. & demonstr.* Sic Molin. Jurista *d. cap. 13. num. 4.* Dicendum tamen est non amitti, vt tuetur Mantica *d. tit. 18. num. 11.* & Sanch. *d. disp. 34. num. 27.* Quia conditio petendi consilium est Potestatiua, quæ habetur pro impleta, quando per grauatum non stetit quominus impleretur, vt quia is, à quo consilium petendum erat, obijt antequam grauatus esset in mora illum consulendi. Nec viget argumentum, quòd in contrarium sumitur *ex d. l. Cùm tale,* quia ibi est sermo de conditione nubendi cum consensu Titij, & dicitur, non amitti legatum, si ille, viuo testatore, decedat, eoquod talis conditio inutilis est; per quod non negatur, quòd etiam non amitteretur, si absque legatarij culpa ea conditio impleri non posset.

§. 5. *De conditione nubendi certæ personæ.*

SUMMARIUM.

Conditio, nubendi certæ personæ adjecta institutioni, vel legato, valet, & impleri debet, vt hæreditas, vel legatum acquiratur; num. 213.

Vtrum valeat, & *impleri similiter debeat modus, quo quis grauatus fuerit certam personam ducere? num.* 214.

Conditio grauans ducere personam indignam rejicitur omnino, nisi imponatur viduæ, quæ licèt tunc non teneatur nubere indigno, at tenetur ab alijs nuptijs abstinere: alioqui amittit legatum sub tali conditione relictum; num. 215.

Quis censeatur indignus conjugio alterius? num. 216.

Legatum relictum virgini sub conditione nubendi Titio, non amittitur, si virgo alteri nubat de consensu patris nolentis eam Titio nubere; num. 217.

Vtrum grauatus contrahere cum persona nobili, amittat relictum, si prima vice nubat nobili, deinde viduus effectus ignobili? num. 218.

Quid, si grauatus aliquam ducere, primò renuat, deinde pænitentiâ ductus velit conditioni parere? num. 219.

Quid, si grauatus ducere aliquam, jam eam duxerat? num. 220. *& seq.*

Quid, si grauatus nubere, jam nupserat? num. 221.

Legatum pro puella maritanda, an debeatur, si illa nupserit viuo testatore? eodem num. 221. *ad finem.*

Quædam aliæ dubitationes. Remissiuè; num. 222.

Quin-

213 QUinta conclusio: conditio nubendi certæ personæ adjecta institutioni, vel legato, non rejicitur, sed impleri debet, vt hæreditas vel legatum acquiratur. Sumitur *ex l. Cùm ita legatum, 62. vers. Si Titio, & l. Titio centum, 70. §. 1. ff. de Condit. & demonstr. & ex l. 1. Cod. de Institut. & substitut.* & ita tenent omnes, teste Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 33. num 6.* Ratio est, quia per ejusmodi conditionem non censetur induci pœna auferens matrimonij libertatem, sed constitui præmium inuitans ad matrimonium certa lege incundum, quod per leges non reprobatur. Tangitur hæc ratio *in d. l. Titio centum, §. 1.*

214 Si quæras, an similiter valeat, & impleri debeat modus, quo quis grauatus fuerit certam personam ducere? vt si testator dixerit, *Instituo Titium hæredem, vt Bertam ducat.* Negat Aretinus *in l. Titia, in princip. ff. de Verbor. oblig.* Mouetur, quia cùm modus non suspendat dispositionem, statim Titius sub dicto modo institutus hæreditatem acquirit; vnde si eâ priuandus sit, nisi Bertam ducat, id non habet rationem præmij, quo ad illam ducendam inuitetur, sed veræ pœnæ, qualis censetur esse, priuari lucro jam acquisito: talis autem pœna libertatem matrimonij, aufert, atque adeo modus eam pœnam inducens rejiciendus est. Contrarium nihilominus tenent meritò Couar. *in 4. Decretal. 2. p. cap. 3. § 3. num. 7.* Molin. *de Primogen lib. 2. cap. 13. num. 4.* & alij quos citat & sequitur Sanch. *d. disp. 33. num 8.* quia non censetur esse vera pœna priuari lucro jam acquisito, quando quis priuatur ab eo qui lucrum non absolutè, sed pacto aliquo, conditione, aut modo adjecto, concessit. Id, quòd latiùs probat, & declarat Mantica *lib. 11. de Conject. vltim. vol. tit. 18. num. 3.* vbi cum alijs tradit, posse testatorem auferre legatum, vel hæreditatem sub conditione, si cum certo genere personarum contraxerit; neque id habere rationem veræ pœnæ, sed inuitamenti ad honestas nuptias. Vnde recedendum est à P. Molina *disp. 207. num. 1.* vbi contrarium docet, & ita non obstat fundamentum pro Aretini sententia adductum.

Limitatur autem tradita conclusio, nisi hæres, vel legatarius grauaretur ducere personam ijs nuptijs indignam: tunc enim rejicitur conditio, vt expressè habetur *in d. l. Cùm ita legatum, ff. de Condit. & demonstr.* & notat cum communi omnium sententia Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 33. num. 11.* & ratio est, quia id possumus, quod honestè possumus, *l. Nepos Proculo, ff. de Verb. signif.* Vnde cùm grauatus non possit honestè nubere indigno, censetur talis conditio impossibilis, & consequenter pro non adjecta haberi debet, juxta supra tradita *§. 2. num. 69.* Addit autem meritò Sanch. *num. 12.* intelligendam esse hanc limitationem, quando fœmina, cui tale grauamen imponitur, vidua non est. Si enim vidua sit, non rejici omnino conditionem, vt indigno nubat; quia licèt non teneatur illi nubere, tenetur tamen omnino ab alijs nuptijs abstinere; aliàs legatum amittit: siquidem sub illa conditione duo continentur, vnum expressum, scilicet, vt nubat illi indigno, quod rejicitur, eo quòd honestè fieri non possit: alterum subintellectum, scilicet, vt nulli alij nubat, vt expressè dicitur *in d. l. Cùm ita, 62. ff. de Condit. & demonstr.* quæ conditio in vidua, & viduo valet, vt constat ex supra dictis, *§. 3. num. 189.* Vnde si grauatus in casu proposito ei non pareat, ineundo aliud matrimonium, legatum amittit, & ita etiam docet Costa *in d. l. Cùm tale, §. Si arbitratu, ampliat. 3. num. 8.* 215

Ad hæc rogabis, quisnam censeatur indignus conjugio alterius? Quidam putant, censeri eum, qui turpi indignitate affectus est, vt si sit infamis: non autem qui imparis est conditionis. Sic aliqui Summistę *verbo, Dos,* vt Angelus *num. 4.* Syluestr. *q. 4.* Tabien *q. 3. num. 4.* & Armil. *num. 6.* Item Speculum conscientię *tract. 1. cap. 53.* Dicendum tamen, eum dici indignum, cui alter copulari non potest absque dedecore juxta ciuitatis mores. Ita relatis plurimis, inter quos 216

Bar-

Bartholus,& Baldus, Sanch. *lib.4. de Matrim.disp.26.num.23.* per *l. Si adulterium cum incestu,§. Stuprum,* ibi: *Et sanguinis contumelia, ff. Ad leg. Iuliam de Adulterijs:*&per jus Castellæ *in l.2.tit. De los cazamientos, lib.3 fori.* Præterea indignus quis censetur ex moribus, & defectibus animi, *l. Sed ea, ff. de Sponsal.* ibi: *Indignum moribus, & turpem sponsum; & l. Nuptiæ, Cod. de Nupt.* ibi: *Si pares sint genere, & moribus.* Qua de re vide plura apud Sanch. *supra.*

217 Ex prædicta limitatione colliges, non amitti legatum relictum virgini sub conditione nubendi Titio, si talis virgo ex consensu paterno alteri nupserit, nolente patre cum Titio nubere. Sic Mantica *lib.11.de Conject. vltim.vol. tit. 18.fine,* Molin. *lib.2.de Primog.cap.13. num. 22.* & alij quos citat, & sequitur Sanch. *lib.1. de Matrim.disp.33.num.13.* quia illa conditio nubendi Titio, intelligitur, si honestè posit virgo autem non potest honestè nubere, nisi de consensu patris. Circa ipsam verò conclusionem.

218 Inquires primò, an grauatus contrahere cum persona nobili, si prima vice nobilem ducat, deinde viduus effectus ducat ignobilem, hæreditatem, vel legatum amittat? Respondetur affirmatiuè; quia in eo grauamine includitur conditio negatiua, quæ perpetua est, vt non ducat aliam quàm nobilem. Sic Oldradus, Paul. Castr. Peralta, Rolandus, Mantica, & alij quos citat & sequitur Sanch. *d.disp. 33 num.14* contra Costam *in l. Cùm tale, §. Si arbitratu, ampliat.3.num.10.*

219 Inquires secundò, si grauatus aliquam ducere, primò renuat, deinde pænitentiâ ductus velit parere, vtrum amiserit legatum sub ea conditione relictum? Respondetur, quòd vel testator cum priuat legato, si vbiprimum fuerit requisitus nolit conditioni parere: vel illum non ita priuat, sed solùm ponit conditionem, quòd talem personam ducat. Si primò modo se habet, non prodest grauato subsequens pænitentia ad obtinendum legatum; quia statim quæsitum est jus alteri successori. Si autem se habet secundo modo, & omnia sunt integra, proderit pænitentia, cùm nulli adhuc sit jus quæsitum, & grauatus possit adhuc conditioni parere. Ita cum alijs Sanch. *supra, numer. 15.* vbi etiam cum Meres tradit, si grauatus sit Minor, posse in priori casu vti beneficio restitutionis. Item si grauamen modi naturam induat, & non conditionis, audiendum esse grauatum postea volentem conditioni parere. Hanc eandem quæstionem tractat Mantica, *lib. 11. de Conject.vltim.vol.tit.16.num. 21.* & aliquantò aliter eam resoluit ex auctoritate DD. quos refert. Quanto autem tempore taliter grauati expectandi sint vt conditioni pareant, tradit idem Mantica *d. lib.11.tit.18.num.23.& 24.* quem vide.

220 Inquires tertiò, quid dicendum, si grauatus aliquam ducere, jam eam duxerat? Respondetur, si eam duxerat viuo testatore, at post testamentum conditum, paritum esse conditioni, & legatum deberi. Quia conditio, *Si tali personæ nupserit,* vel viuente, vel mortuo testatore impleri potest, *l. Hæc conditio, 10. in princip. & l. Conditionum, quæ in futuro, 90. ff. de Condit. & demonstr.* si autem eam duxerat ante conditum testamentum, non est res adeò expedita, quia conditio, *Si nupserit,* intelligitur de ijs nuptijs quæ futuræ sunt post testamentum, vt notat Mantica *lib.11. de Conject. tit. 18. num. 16.* & satis colligitur *ex d.l. Hæc conditio,* ibi: *Si viuo testatore nupserit post testamentum.*

221 At in hoc etiam casu dicendum est, legatum deberi, vt bene cum alijs tradit Sanch. *lib.7.de Matrim.disp.91.num.65.* quia testator ponens conditionem, *Si Titiæ nupserit* ignorabat grauatum jam illi nupsisse; si enim id sciret, talem conditionem non poneret, cùm semel conjugati non possint iterum sibi inuicem nubere. Quando autem jam factum est, quod in conditione ponitur, ignorante testatore id factum esse, debetur relictum taliter grauato, perinde acsi purum esset, vt habetur, *l. Si jam, 11. ff. de Condit. & demonstr.* & notat Glossa *in d.l. Hæc conditio, verbo, Post testamentum,* & Mantica,

ca, *proximè citatus*. Vnde si testator solum apposuisset conditionem nubendi, non adjiciendo cui personæ, & grauatus jam nupserat, distinguendum est, vt si testator ignorabat eum jam nupsisse, legatū ei debeatur, tanquam purè relictum: si autem id sciebat, censeatur de alijs nuptijs cogitasse, illæque expectandæ sint, *l. Si ita scriptum sit*, §. *Si pater*, *ff. de Leg. 2 & l. Si jam*, *ff. eodem*, traditque Glossa, & Mantica *loco proximè citato*. Quando autem aliquid relinquitur pro puella maritanda, sentit cum alijs idem Mantica *lib. 12. de Conject. tit. 1. num. 13.* extingui legatum, si ea, viuo testatore, nupserit, nisi testator id sciuerit, & mutare potuerit testamentum, nec mutauerit; quòd tunc intelligatur voluisse decedere cum eadem voluntate. Sanch. verò *lib. 1. de Matrim. disp. 33. num. 32.* tenet absolutè tale legatum deberi.

222 Quædam aliæ dubitationes circa prædictam conclusionem, vt quid dicendum sit, si grauatus ducere Bertam, primò aliàm ducat, deinde viduus effectus velit Bertam ducere? Item si grauatus ducere aliquam, velit ei nubere, illa autem renuat, & postmodum pænitentiâ ductâ annuat, ille verò tunc nolit, an amittat legatum? Videantur apud Sanch. *d. disp. 33. à num. 17.* Neque enim omnia hìc prosequi licet.

§. 6. *De conditione ingrediendi Religionem, & de auertente à Religione.*

SUMMARIUM.

Conditio ingrediendi Religionem vltimæ voluntati adjecta est valida. Et idem est de conditione, si fiat sacerdos. Non valebit tamen conditio, Si continenter vixerit: *secus*, Si castè & honestè vixerit; *numer. 223.*

Vtrum conditio ingrediendi Religionem impleatur per ingressum in nouitiatum, licèt grauatus non profiteatur? Verior sententia affirmat; num. 224. Intelligenda verò est, dummodo grauatus bona fide ingrediatur animo experiendi Religionem; & vt non exeat absque justa causa; num. 225.

Vouens ingredi Religionem, an satisfaciat ingrediendo nouitiatum? ibidem.

Idem censendum de conditione, Si sit aut fiat Religiosus, *atque de conditione*, Si Religionem ingrediatur; *numer. 226.*

An valeat conditio auertens à Religione? vt si Titiæ legentur 100. *si non ingrediatur Religionem? Prima sententia negat; numer. 227. Secunda, & verior affirmat; numer. 228.*

Legatum, vel donatum simpliciter sub conditione nuptiarum, vel liberorum, non amittitur, si grauatus Religionem potiùs ingrediatur: secus si testator, vel donator expressè declarasset, se nolle dare ingredienti Religionem; numer. 229.

Si Titiæ legentur mille aurei, si nupserit: si verò Religionem ingrediatur ducenti, an Religionem ingrediens, consecutura nihilominus sit illos mille aureos? Prima sententia affirmat; numer. 230. secunda probabiliùs negat. Vt autem vitentur opiniones, & monasterium non possit plus petere, quàm testator velit, quæ cautela adhiberi possit? numer. 231.

Iustissimè potest minus relinqui personæ Religionem ingressuræ, quàm nupturæ; num. 232.

Clausula excludens monachos à successionibus maioratuum licitè in eorum institutionibus apponitur, & in praxi sustinetur; ibid.

Relictū, vel donatum sub conditione nuptiarum, vel liberorum non consequitur grauatus Religionē ingrediendo, si sufficientes sint cōjecturæ, quòd disponēs conditionem intellexit de solis nuptijs

carnalibus, *num* 233.
Legatum relictum puellæ, si nupserit certæ personæ, non acquiritur ex eoquod puella Religionem ingrediatur. Et quid si illa certa persona obierit antequam puella sit in mora? num. 234.
Relictum alicui tertio, si certa puella nupserit, non acquiritur, puellâ Religionem ingrediente, *num*. 235.
Quando legatum relinquitur indefinitè pro puellis maritandis, non potest dari puellæ Religionem ingredienti; *numer*. 236.

223 Sexta conclusio: conditio ingrediendi Religionem vltimæ voluntati adjecta, est valida, cui nisi grauatus pareat, relictum non consequitur. Sic Baldus *in Auth. Cui relictum. num.* 3. *C. de Indicta viduitate*, & ibi Paul. Castr. & Jason *n*.4. Couar. 1. *Variar. cap*. 19. *n*. 10. Costa *in l. Cùm tale*, *§. Si arbitratu*, *limit*. 3 *n*. 1. Ant. Gom. *tom*. 1. *Variar. cap*. 12. *n*. 78 Mol. Theol. *disp*. 207. *n*. 6. & alij quos citat & sequitur Sanch. *lib*. 1. *de Matrim. disp*. 34 *n*. 15 contra Bartholum, & Reginaldum, quos ibidem refert, existimantes hujusmodi conditionem, quando virgini apponitur, esse nullam, eoquod viduitatem inducat? Ratio verò traditæ conclusionis est, quia justum est præmij spe ad Religionem allicere, ad quod illa conditio directè & per se tendit, non ad nuptias impediendas: quæ licèt impediantur, id est per accidens & indirectè; nec præsumendum est jus voluisse ob matrimonij fauorem ejusmodi conditionem irritare, cùm fauor Religionis prævalere debeat. Quod optimè confirmari potest ex supra dictis, §. 3. *n*. 191. vbi cum communi sententia resoluimus, conditionem, *Non nubendi*, virgini appositam sustineri fauore causæ piæ, eoquod matrimonij fauor ei prævalere non debeat. Addunt Couar. Mol. & Sanch. *supra*, valere similiter conditionem, si fiat sacerdos, quia militat eadem ratio. Non valebit tamen conditio, si continenter vixerit, quia nuptias directè excludit: secus, si castè, & honestè vixerit, quia etiam in conjugio castè & honestè viuitur. Sic Mantica *lib* 11. *de Conject. tit*. 19 *num* 29. & 30. & Sanch. *d. numer*. 15 *fine*.

Difficultas verò est, an dicta conditio sufficienter impleatur per ingressum in nouitiatum, ita vt licèt grauatus non faciat professionem, relictum nihilominus comparet? Negant aliqui apud Sanch. *d. disp*. 34. *num*. 16. At contrarium est verius, vt sentit idem Sanch. *num*. 17. vbi alios pro hac parte adducit. Probatur primò *ex l. Siquis hæredem, Cod. de Instit. & substit.* ibi: *Sancimus quandocumque impleta fuerit conditio, siue viuo eo, siue mortis tempore, siue post mortem, conditionem videri esse impletam.* Ex quo textu deducunt communiter scribentes, satis esse conditionem temporis momento impleri. Igitur qui semel Religionem ingressus est, dictam conditionem censetur impleuisse, licèt postea non facta professione exeat. Secundò, quia ingredi Religionem, & in ea profiteri, sunt diuersa, & vt diuersa ponuntur *in cap. Qui post votum, de Regularib. in* 6. ibi: *Religionem aliam etiam laxiorem ingreditur, & profitetur in ipsa*: ergo ad implendam cõditionem ingressûs, non requiritur, quòd ingrediens profiteatur. Tertiò, quia vouens ingredi Religionem satisfacit voto per ingressum in nouitiatum, licèt postea exeat, nisi constet, intendisse se obligare ad perseuerandum, vt tenent communiter Theologi cum D. Thom. 2.2. *q. vlt. art*. 4. ergo similiter in nostro casu. Facit tandem, quod cum alijs tradit Mantica *lib*. 6. *de Conject. vlt. vol. tit*. 11. *num*. 5. vbi docet, si testator substituat filio in hunc modum, *Si liberos non habuerit substituo Caium*, excludi substitutum habitis liberis, qui viuo adhuc filio obiere, eoquòd conditio semel extitit, quanuis effectu caruerit.

Addit autem meritò idem Sanch. hanc sententiam intelligendam esse, dummodo ille grauatus bona fide ingrediatur animo experiendi; alioquin legatũ amittit: quia testatòr non intendit actum vanum, qualis esset ingredi Religionem ani-

animo exeundi; ſed intendit ingreſſum Religionis ſecundùm formam juris, quæ eſt, vt fiat bona fide animo experiendi illud vitæ genus. Vnde etiam non ſatisfaeit voto ingrediendi Religionem, qui animo exeundi ingreditur, ſed qui ingreditur bona fide animo experiendi, vt docet D.Thom. *d art.4 ad* 3. & ibi Caiet. pluresque alij quos citat & ſequitur Sanch. *d num.* 17. Quin etiam addit vlteriùs idem Sanch. oportere, vt ille grauatus non exeat à Religione pro ſua libertate, ſeu abſque juſta cauſa, vt ſi omnia grata & ſibi conuenientia inueniat: quia etiam aſtrictus voto ingrediendi Religionem ei non ſatisfacit, ſi bona fide ingreſſus abſq; juſta cauſa egrediatur, vt eſt communior DD. ſententia, quam refert, & ſequitur Sanch. tum *loco proximè citato*, tum *tom.* 1.*in Decal.lib.*4.*cap.*16.*num.*90. vbi plurimos pro ea adducit, quanuis oppoſita etiam ſit probabilis, & bonos habeat patronos quos idem Sanch. adducit *d. cap.* 16.*num.*89.

226 Si petas, vtrum idem cenſendum ſit de conditione *Si ſit, vel ſiat Religioſus*, atque de prædicta conditione, *Si Religionem ingrediatur?* Reſpondet affirmatiuè Sanch. *lib.* 1.*de Matrim.diſp.*33.*num.* 17. longè poſt medium; quia eadem etiam eſt obligatio vouentis ingredi Religionem, atque fieri Religioſum; licèt aliqui refragentur, exiſtimantes vouentem hoc poſteriori modo obligari ad perſeuerantiam; cujus opinionis quanta ſit probabilitas, examinare hìc non oportet.

227 Grauior difficultas eſt, an valeat conditio auertens à Religione, vt ſi Titiæ legentur centum, ſi non ingrediatur Religionem? Negat cum Baldo, & Decio Emman. à Coſta *in l.Cùm tale, §.Si arbitratu ampliat.*11.*n.*1. Pariſius alios referens *in cap.In præſentia, n.*137.*&* 143.*de Probationib.* Rolandus *conſ.* 55. *n.*20.*&* 25. *lib.*3. Joannes Medina *C. de Reſtitutione, q.*23.*§.Itaq; quatuor*, Leſſius *lib.* 2. *de Iuſt.c.*18.*dub.*15. *ſub n.* 123. & alij. Probatur primò *ex Auth. De ſanctiſ. Epiſc. c.*37.*§.Sed & hoc præſenti, collat.*9. quatenus ibi dicitur, conditionem nuptiarum haberi pro non ſcripta, ſi perſona tali conditione grauata Religionem ingrediatur. Vbi ſatis exprimitur, conditionem auertentem à Religione pro non ſcripta haberi. Secundò, quia valet argumentum à nuptijs carnalibus ad ſpirituales: ſed conditio auertens à nuptijs carnalibus rejicitur, vt ſupra vidimus: ergo rejici etiam debet conditio auertens à nuptijs ſpiritualibus, quæ fiunt per ingreſſum in Religionem; idque à fortiori, cùm fauor Religionis matrimonio præferatur. Nec ſolùm rejicitur ejuſmodi conditio à virgine, ſeu ea, quæ nunquam nupſit, quemadmodum conditio non nubendi; ſed etiam à viduis, vt notat Coſta *ſupra*, ſiquidem ingreſſus Religionis reſpectu omnium eſt ſummè laudabilis, nemoque ab eo auerti debet.

Contrariam nihilominus ſententiam tenent Couar. *tom.*1.*Variar. cap.* 19. *n.*10. Mantic. *lib.*11.*de Conject.vlt.vol. tit.*18. *n.*31. Menoch. *lib.* 4. *de Præſumpt. præſumpt.*83.*n.*18. 19.*&* 23. Mol *diſp.* 207. *n.*14 *juncto n.*17. Sanch. *lib.*1.*de Matrim. diſp.*34. *n.* 11. Fundamentum eſt primò, quia licèt ſtatus Religioſus ſit perfectior matrimoniali, tamen jus non tribuit illi priuilegium, vt rejiceretur conditio ab eo auertens, ſicut rejicitur conditio non nubendi; idq; optima ratione, quia ingreſſus Religionis per ſe primò reſpicit priuatum ingredientis bonum: matrimoniũ autem reſpicit bonũ commune Reipub. quæ liberorum procreatione conſeruatur. Secundò, quia non eſt veroſimile aliquẽ à Religione deterrendum, ſi legato, vel hæreditate priuetur; ſiquidem Religioſus ſtatus non ſuſcipitur ad bona temporalia acquirenda, ſed abjicienda & prorſus dimittenda, Chriſtique paupertatem perpetuò ſectandam. Hanc ſententiam judico veriorem. 228

Ad primum itaque fundamentum prioris ſententiæ petitum *ex Auth. De ſanctiſ. Epiſc.* reſpondetur illum textum non procedere, quando teſtator, vel donator declarat, ſe nolle dare ingredienti Religionem, ſed ſolùm quando ſimpliciter aliquid legauit, vel donauit ſub conditione 229

nuptiarum, vel liberorum; quòd tunc præsumatur velle, vt legatum non amittat, qui loco carnalium nuptiarum ad spirituales transiuit, suscipiendo statum Religiosum. Sic eum textum exponunt Molina, Sanch. & alij hujus sententiæ auctores. Ad secundum respondetur, argumentum à nuptijs carnalibus ad spirituales solùm valere, vbi militat eadem ratio: in præsenti autem esse rationem diuersam, vt ex probationibus nostræ sententiæ constat.

230 Hinc resoluitur facilè satis celebris quæstio, si Titiæ legentur mille aurei, si nupserit; si verò Religionem ingrediatur, ducenti; an Religionem ingrediens consecutura sit illos mille aureos, vel solùm 200? Plurimi sentiunt consecuturam mille, ea ratione; quia conditio nubendi in hoc casu retrahit à proposito Religionis, vt satis per se constat; siquidem mulier, ne illo emolumento priuetur, nuptias potiùs, quàm Religionem eliget. Ergo debet talis conditio haberi pro non adjecta, fauore Religionis, ita vt si mulier Religionem ingrediatur illud maius legatum non amittat. Confirmatur *ex d. §. Sed & hoc præsenti, Auth. De Sanctiss. Episc.* vbi conditio nubendi habetur pro non scripta, quando grauatus Religionem ingrediatur. Auctores hujus sententiæ refert latissimè Mantica *lib. 11. de Conject. vlt. vol. tit.* 18. *num.* 27. & Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp.* 34. *num.* 12. inter quos Barthol. & Socin. *in l. 2. ff. de His, quæ pœnæ nomine (aliàs, pœnæ causâ) relinq.* Felin. *cap. In præsentia num.* 37. *de Probat.* & Emman. à Costa *in l. Cum tale, §. Si arbitratu ampliat.* 12. *num.* 5. Ex Theologis idem tenent Lessius *lib. 2. de Iustit. cap.* 18. *dub.* 15. *sub num.* 123. & Beja *in sua Summa, post casum* 66. fateturq; Mol. *disp.* 207. *n.* 9. hanc videri magis communem Juristarum sententiam.

231 Nihilominus multò probabilius est ingredientem Religionem solùm esse consequuturum in prædicto casu 200. aureos. Ita sentiũt satis multi, ijq; grauissimi DD. Bald. *Auth. Nisi rogati, n.* 11. *C. Ad Trebel. & l. Deo nobis, n.* 1. *&* 2. *C. de Episc. & cleric.* vbi Paul. Castr. *n.* 5. *& d. Auth. Nisi rogati, n.* 3. Guillielm. Bened. *in c. Raynutius, vers. Quia cum alia, n.* 32. *de Testam.* Couar. *lib.* 1. *Variar. c.* 19. *à n.* 8. Mãtic. *d. tit.* 18. *à n.* 29. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 83. *n.* 26. Guttier. *Canonic. qq. lib.* 1. *c.* 32. *n.* 58. Ex Theol. Mol. *d. disp.* 207. *n.* 12. *juncto n.* 5. Ludouic. Lop. 2. *p. Instruct. de Matrim. c.* 36. & Sanch. *d. disp.* 34. *n.* 13. vbi plures refert. Fundamẽtum sumitur ex proximè traditis circa præcedentem difficultatem, vbi probauimus, cõditionem retrahentem ab ingressu Religionis non rejici contra expressam voluntatem testatoris. Atq; ex ibi etiam dictis patet responsio ad fundamentum Aduersariorum. Monet autem Bartholus *in d. l.* 2. *n.* 1. *ff. de His, quæ pœnæ nom.* Felin. *supra,* & alij quos citant & sequuntur Mantic. *n.* 35. & Sanch. *d. n.* 13. quod vt vitentur opiniones, & monasterium non possit plus petere, quàm testator velit, optima erit ratio, si testator dicat, *Lego Titiæ ducentos, & ei qui eam in vxorem duxerit lego octingentos.* Additq; Barth. debere testatorẽ exprimere, vt id, quod futuro marito relinquit, sit præcipuæ dotis, quia alioqui fieret propriũ ipsius mariti.

Aduertunt præterea Couar. *supra, n.* 10. 232
Mol. *n.* 4. & Sanch. *n.* 14. licèt viro Christiano maximè indignum sit adjicere vllã conditionem animo retrahendi aliquem à proposito Religionis, tamen justissimè posse minus relinqui personę Religionem ingressuræ, quàm nupturæ; quòd ad inueniendum dignum conjugem, filios, ac familiam sustentandam, plura bona temporalia sint necessaria, quàm ad ingrediendum Religionem. Quamobrem licitè in institutionibus maioratuum sæpissimè apponitur clausula excludens monachos, & clericos ab eorũ successione, quod non eò tendit, vt quis ab eo statu retrahatur, sed vt familia conseruetur. Et ita hujusmodi clausulæ, & conditiones in praxi admittuntur, & sustinentur. Qua de re Mol. Jurist. *lib.* 2. *de Primog. c.* 12. *n.* 54. Couar. Molin. Theolog. & Sanch. *vbi supra.*

Illud etiam hìc notandum, quòd licèt 233
quando aliquid relinquitur, vel donatur sub

sub conditione nuptiarum, vel liberorum, talis conditio habeatur pro non scripta, si grauatus Religionem ingrediatur, itaut quanuis non nubat, vel liberos non habeat, relictum nihilominus consequatur ingrediendo Religionem, vt expressè habetur *d. Auth. De sanctis Episc. cap. 37. §. Sed & hoc præsenti, & Auth. Nisi rogati, Cod. Ad Trebel.* attamen cùm hæc decisio nitatur præsumptione voluntatis testatoris, vt supra aduertimus, & tenent Couar. 1. *Variar. cap. 19 num.* 8. & 11. Mantica *lib. 11. de Coniect. vltim. volunt. tit.* 18. *num.* 31. Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 148. *num.* 14. Mol. *disp.* 207. *num.* 17. Sanch. *lib. 1. de Matrimon. disp.* 33. *num.* 29. & alij contra Bald. Nouel. *de Dote, p. 6. priuileg.* 77. *num.* 2. & 5. Lessium *lib. 2. cap.* 18. *dub.* 15. *num.* 123. & quosdam alios, planè quoties sufficientes exstiterint coniecturæ, quòd testator illam conditionem ponens de solis nuptijs carnalibus intellexit, non consequitur relictum grauatus Religionem ingrediendo, vt aduertunt Guillielm. Bened. *in cap. Raynutius, vers. Qui cum alia, num.* 32. *de Testam.* Mantica *d. tit.* 18. *num.* 26. Menoch. *d. Præsumpt.* 148. *num.* 2. Guttier. *Canonic. qq. lib. 1. cap.* 32. *num.* 19. & Sanch. *d. disp.* 33. *num.* 30.

234 Vnde colliges primò, quando testator legauit puellæ, si nupserit certæ personæ, non consecuturam eam puellam legatum ex eo quod Religionem ingrediatur. Quia testator in hoc casu intelligi non potest de spiritualibus nuptijs, sed tantùm de carnalibus. Ita Bald. Nouel. *d. Priuileg.* 77. *num.* 3. Couar. *cap. 3. de Testam. n.* 11. *vers. Sextò in proxima,* Costa *in d. l. Cùm tale, §. Si arbitratu, limit. 6. n.* 2. Mantic. *d. tit.* 18. *n.* 26. & alij quos citat & sequitur Sanch. *loco proximè cit.* vbi Bald. Nouel. & Couar. addit, si illa certa persona obierit, antequam puella sit in mora, non consequuturam eam puellam legatum, vitam cælibem ducendo, sed vel ineundo aliud matrimoniũ, eo quod testator de nuptijs carnalibus senserit, vel ingrediendo Religionem, eo quod verosimile sit, testatorẽ id dispositurum, si puella in eo euẽtu Religionem ingrediatur. Hæc tamen additio est difficilis, quia videtur pugnare cum *l. Legatũ, C. de Condit. insert.* ibi: *Cùm mortuo filio priusquam matrimonio cũ eo contrahens, conditio defecerit, nulla ratione deberi tibi existimes.* Nec ipse Sanch. satis sibi ipsi cohæret, cũ *ead. disp.* 33. *n.* 24. absolutè scripserit, perire omnino legatũ, mortuâ illâ certâ personâ, antequam grauata ei nubere in mora esset. Sed de hoc iterum recurret sermo *sect. seq. concl* 3.

235 Colliges secundò, quando testator reliquit alicui tertio, si certæ puellæ nupserit, illum tertiũ nõ consecuturum legatũ, si puella Religionem ingrediatur, vt notat Costa *supra, limit. 4. n.* 5. Menoch. plures referens *d. Præsumpt.* 148. *n.* 7. & Sanch. *vbi sup.* Quia in hoc etiam euentu manifestè sentit testator de nuptijs carnalibus.

236 Colliges tertiò, quando legatum relinquitur indefinitè pro puellis in matrimonio collocandis, non posse tale legatum dari puellæ Religionem ingredienti, vt contra nonnullos tradit Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp.* 33. *n.* 32. vbi pro hac sententia refert plurimos, inter quos est Bald. Nouel. *d. Priuileg.* 77. *n.* 2. Guillielm Bened. *in cap. Raynutius, vers. Qui cum alia, num.* 31. *de Testam.* & Mantic. *lib. 8. de Coniect. vlt. vol. tit. 5. num.* 22. *aliàs* 23. *in nouissima edit.* multos etiam refert eos sequens Emman. Barb. *in Remiss. ad Ordin. Reg. lib. 1. tit. 62. §. 16. n.* 1. Idemq; tenet relatis alijs Simon de Pret. *lib. 5. de Interpr. vltim. vol. interpr. 1. dub. 2. n.* 77. Quia testator in hoc casu non debet præsumi voluisse dare ingredienti Religionẽ, sed tantùm veras nuptias celebranti, non obstante dispositione *d. Auth. De sanctis Episc. §. Sed & hoc præsenti;* quia ille textus loquitur de legato relicto personæ certæ, ibi: *Siue reliquerit suis liberis siue alij cuicumq; personæ:* & cùm sit exorbitans à iure decernente cõditiones impleri in verâ, & specifica forma, non verò in ficta, *l. Mæuius, & l. qui hæredi, ff. de Condit. & demonstr.* non debet trahi ad alios casus; atq; adeò neq; ad casum, quo legatũ relinquitur personæ incertæ: in quo proculdubio est diuersa ratio, quia quando re-

relinquitur personæ certæ, respectu ejus consideratur in testatore specialis affectio, ex qua merito præsumitur, nolle eam priuare legato, si post habitis carnalibus nuptijs Religionem ingrediatur.

§. 7. *Quòd conditiones viduitatem inducentes aliter improbantur in contractibus, quàm in vltimis voluntatibus.*

SUMMARIUM.

Conditionem nubendi, vel nubendi arbitratu Titij, impositā personæ, quæ nunquam nupsit, vel matrimonium non consummauit, si contractui adjecta sit, illum vitiat, atque irritum reddit; num. 237.

Id verò limita, vt non procedat in contractibus reuocabilibus, quemadmodum nec in donatione causâ mortis: in quibus tales conditiones habentur pro non adjectis; num. 238.

Cur conditio impossibilis rejiciatur ab vltimis voluntatibus, non verò à contractibus? num 239.

237 Omnes prædictæ conclusiones, si aduertis, procedunt de conditionibus vltimę voluntati adjectis. In contractibus enim aliter se res habet, quoad conditiones, quæ ab vltimis voluntatibus rejiciuntur, eoquod viduitatem inducant. Quare sequentem conclusionem addere libet. Conditio, *Non nubendi*, vel *Nubendi arbitratu Titij*, imposita personæ, quæ nunquam nupsit, vel matrimonium non consummauit, si contractui adjecta sit, illum vitiat, atque irritum reddit. Ita Sanch. *lib.* 1. *de Matrim: disp* 34. *num.* 2. Probatur, quia hujusmodi conditio est impossibilis de jure, improbatur enim per leges, vt ex supradictis constat: & conditiones, quæ legibus improbantur, vocantur impossibiles, *l. Conditiones, quæ contra bonos mores, ff. de Condit. institut.* Conditio autem impossibilis, licèt rejiciatur ab vltimis voluntatibus, non tamen à contractibus, sed illos vitiat, atque irritos reddit, siue de facto, siue solùm de jure impossibilis sit, vt notauimus *supra, §.* 2. *num.* 169. *per l. Impossibilis,* 7. *ff. de Verb. oblig.* & alia jura ibidem citata. Nec placet quod tradit Molina *tom.* 2. *de Iust. disp.* 285. *num. vlt.* asserens, dictam conditionem non nubendi contractibus adjectam illos vitiare, nisi impleatur. Id enim merito impugnat Sanch. *supra*, quia *in §. Impossibilis, Inst. de Inutilib. stipulat. & l. Non solùm, ff. de Action. & obligat.* dicitur nihil valere stipulationem, & contractum sub conditione impossibili: quod non esset verum, si impleta conditione obligaret; imo nec diceretur per talem conditionem vitiari, sed suspendi, sicut quando fit sub conditione honesta; quod apertè cum prædictis legibus pugnat.

Hanc verò conclusionem limitat Molina Jurista *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 12 *numer.* 40. vt solùm procedat in contractibus irreuocabilibus. Nam si sint reuocabiles, credit, idem in eis esse dicendum, quòd in vltimis voluntatibus; quarum naturam hac in parte obseruant; idque probat argumento donationis causâ mortis, quæ licèt quoad ordinationem, & formam sit contractus, tamen per adjectionem conditionum jure, vel naturâ impossibilium non vitiatur, sed tales conditiones ab ea rejiciuntur, quemadmodum ab vltimis voluntatibus, vt habetur *l. Quæ sub conditione, in princip. vers. Et in mortis, ff. de Condit. institution* eâ videlicet ratione, quia ejusmodi donatio naturam vltimæ voluntatis sequitur. De hac tamen limitatione dubitat Molina Theol. *d. disp.* 285. *num* 3. 238

Quod si quæras, quamobrem conditio impossibilis rejiciatur ab vltimis voluntatibus, non verò à contractibus? Respondet, omissis alijs rationibus, Sanch. *d. disp.* 34. *num.* 2. *fine*, rationem esse, quia cùm vltimæ voluntates solùm post mortem testatoris vim habeant, non potest tunc testator eas corrigere; & consequenter omnino corruerent propter impossibilitatem conditionum, nisi jus tales conditiones rejiceret. At verò contractus pos- 239

possunt corrigi ab ipso contrahente, qui superstes est, & cùm viderit conditionem à se adjectam impleri non posse, eam tollere potest, & ideo non oportuit eam haberi à jure pro non adjecta.

SECTIO IX.

An semper oporteat impleri proprie, ac reipsa conditiones validas institutionibus, vel legatis adjectas?

SUMMARIUM.

Conditiones validæ regulariter impleri debent, & qui dicit conditionem esse impletam, id probare debet; num. 240.

Conditio aliquando præsumitur impleta, & quando id eueniat? ibid.

240 Certum est, quòd regulariter loquẽdo, conditiones validæ, quæ scilicet jure non improbantur, impleri debent. Nam si conditio deficiat, habetur dispositio pro non facta *l. Siquis ita hæres, ff. de Condit. instit. l.* 1. *& toto tit. ff. de Condit. & demonstr.*. Vnde nec fauore causæ piæ legatum sub conditione relictum sortitur effectum ante conditionis implementum, vt bene Mantica *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 16 *numer.* 6. Et qui dicit conditionem esse impletam, id probare debet, *l. Ex his, Cod. Quando dies legati cedat*. Implementum enim conditionis consistit in facto; factum autem non præsumitur, nisi probetur, *l. Asseueratio, ff. de Non numerata pecunia*. Quamobrem pro regula habetur, conditionem non presumi, vt tradit Menoch. *de Præsumption. lib.* 4. *præsumpt.* 182. *num.* 1. Aliquando tamen sufficiet conditionem præsumi implètam, quando scilicet fuerit præsumptio legis, juxta *l. Ex facto, §. Siquis autem, ff. Ad Trebel.* Et quidem ex longo tempore præsumitur extitisse conditio, quando hæredes soluerunt legatum sub conditione relictum, ne donatio præsumatur, vt notat Paul. Castr. *consil.* 108. *num.* 1. *vol.* 1. & ex eo Mantica *d. tit.* 16. *num.* 7. vbi etiam generaliter aduertit, quandoque factum per præsumptionem juris probari, vt *l. Sciendum*, & ibi Butrigar. *num.* 5. alijque DD. *ff. de Verbor. obligat.* consentit Menochius *d. præsumption.* 182. *num. vltim.*

§. 1. *Vtrum oporteat conditionem impleri in vera, & specifica forma?*

SUMMARIUM.

Quæ dicatur conditio Necessaria, & quæ Voluntaria? num. 241.

Conditio necessaria potest impleri per æquippollens; num. 242. *Si autem sit voluntaria, regulariter impleri debet in forma specifica; num.* 243.

Conditio voluntaria potest impleri per æquipollens, quando testator eam apponens intelligitur considerasse illius effectum; num. 244.

Quoties ex conjecturis apparet voluntatem testatoris non esse restrictam ad specificam formam conditionis ab eo expressæ, sed sufficienter ejus intentioni satisfieri per æquippollens, vel aliud simile, id sufficit ad conditionis implementum; num. 245.

An satis sit conditionem impleri de facto? vt si casu fiat, quòd in conditione præceptum est: vel, si fiat ab eo qui de jure id facere non poterat? num. 246. *& seq.*

Conditio dandi aliquid filio spurio testatoris, debet impleri de facto; num. 247.

Dubitari autem solet. Vtrum oporteat conditionem impleri propriè, idest in vera & specifica forma? 241
Respondetur, distinguendum in hoc esse inter conditionem necessariam, & voluntariam. Conditio Necessaria in præsenti dicitur, quæ rei naturę inest, vt si testator substituendo vulgariter dixit: *Si Caius à me institutus hæres non erit, substituo Sempronium*: conditio enim, *Si hæres non erit*, est Necessaria in Vulgari substitutio-

 ne,

ne, cum ei suaptè natura insit. Voluntaria dicitur, quam testator sua voluntate adjicit, vt quando diceret, *Relinquo fundum meum Paulo, si filium habuerit.*

Si ergo conditio sit necessaria, non
242 oportet quòd impleatur in forma specifica, sed satis est quòd impleatur per æquipollens. Ita relatis alijs Mantica, *lib.* 11. *de Conjectur. vltim. volunt. tit.* 16. *num.* 4. & Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 185. *num.* 6. *& seqq.* vbi id multis ex textibus probat, vt *ex l. Mulier, in princip. ff. Ad Trebel.* vbi fideicommissum relictum à matre filio post mortem patris debetur, si filius fuit à patre emancipatus. Vnde conditio, *Si factus erit sui juris post mortem patris*, extenditur ad casum emancipationis, & per illum impletur, & *ex l. Gallus, § Et quid si tantum, & §. vlt. ff. de Liber. & posthum.* vbi posthumi, qui vocati sunt sub conditione mortis præcedentium liberorum, admittuntur, non solùm eueniente casu expresso, sed etiam altero ejusdem effectus, vt si eueniat casus, quo illi præcedentes liberi nolint, aut non possint esse hæredes, & *ex l. vltim. Cod. de Institut. sub condit. factis*, vbi substitutio Vulgaris facta, si filius non nascatur, comprehendit alium casum Vulgaris, si moriatur ante aditam hæreditatem, vel illam repudiet, & ex similibus.

Si verò conditio sit voluntaria, com-
243 munis sententia est, quòd regulariter impleri debet in forma specifica, vt fatetur Mantica *d. tit.* 16. *num.* 4. *&* 8. *in princip.* & tradit latè Decius *consil.* 89. *præsertim num.* 3. & Rolandus *consil.* 56. *num.* 22. *&* 23. *volum.* 3. per celebrem text. *in l. Qui hæredi, in princip. & in l. Mænius, ff. de Condit. & demonstr.* Ratio diuersa, cur in conditione voluntaria obseruari oporteat in propria specie quòd à testatore expressum est, non ita verò in conditione necessaria, videtur esse, quam ex Bartholo tradit Mantica *d. num.* 4. quia in conditione voluntaria testator videtur cogitasse potiùs modum & formam, quàm effectum, vnde non satisfit voluntati testatoris per æquipollens conditioni expressæ, quanuis eundem effectum habeat. In conditione autem necessaria solùm attenditur ad effectum, & ita ad ejus implementum sufficit æquipollens, seu id quod eundem effectum habet.

Ex qua ratione limitat optimè hanc 244
resolutionem Mantica *eodem num.* 4. vt non procedat, quando testator apponens conditionem voluntariam intelligitur, considerasse illius effectum; tunc enim impleri potest per æquipollens, quemadmodum necessaria, vt apud eundem Manticam tenent Socinus Senior, Alexand. Corneus, Decius, Alciatus, Socinus Junior, & alij quos refert, quod etiam probat Couar. *Practic quæst. cap.* 39. *num.* 7. & Menoch. *d. præsumpt.* 185. *num.* 26. additque Mantica *num* 8. *fine*, id non recipere dubitationem. Plures etiam casus adducit Menoch. *eadem præsumpt.* 185. *à num.* 13. in quibus non oportet conditionem volunrariam impleri in forma specifica, & expressa.

Ratio verò generalis, ob quam inter- 245
dum licèt recedere à propria & perfecta forma, est, quia hæc materia est tota conjecturalis, & pendens à præsumpta voluntate testatoris, quæ totum facit, & primum locum in conditionibus tenet, casque regit, *l. In conditionibus primum locum, in princip. ff. de Condit. & demonstr.* Vnde cùm de implemento conditionis agitur, voluntas magis, quàm verborum forma, vel proprietas spectanda est, *l. Pater Seuerinam, in princip. & §. Conditionum verba. ff. eod. & l. Hæredes mei, §. Cùm ita, ff. Ad Trebel & l.* 3. *Cod. de Institution. & substit.* magisque consideratur verosimilis mens testatoris, quàm rigor verborum, vt bene Corneus *consil.* 124. *num.* 6. *volum.* 2. Quoties igitur ex conjecturis apparet voluntatem testatoris non esse restrictam ad propriam, & specificam formam conditionis ab eo expressæ, sed sufficienter ejus intentioni satisfieri per æquipollens, vel aliud simile, id sufficiet ad conditionis implementum. Maximè verò circa conditionem dandi, multi à Doctoribus assignantur casus, in quibus conditio impletur, non seruatâ

ejus

ejus propria, & specifica forma, vt videre est apud Manticam plures ejusmodi casus referens *d. lib. 11. tit. 17.* quem vide.

246 Quæri hic potest, an satis sit conditionem impleri de facto? quod in duplici sensu agitari potest. Primus est, an sufficiat rem in conditione præceptam fieri casu, vt à grauato conditionem ignorante, vel non habente animum conditionem implendi? In hoc casu respondetur ad quæstionem negatiuè, scilicet non censeri conditionem sub tali facto impletam. Sic expresse habetur *in l. 2. ff. de de Condit. & demonstr.* vbi ea redditur ratio: *Nam si facto, idest, casu fecerit, non videtur obtemperasse conditioni.* Hoc autem procedit in conditionibus, quæ solùm post mortem testatoris impleri possunt, veluti, si decem dederit, vel Capitolium ascenderit, vt in eadem *l. 2.* exprimitur. Item notat Bartholus, *ibidem*, & Mantica *lib. 11. de Conjectur. tit. 16. num. 11.* quòd in dubio præsumitur grauatus habuisse animum implendi conditionem, si eam non ignorabat. Non oportet autem, vt is, in cujus gratiam conditio implenda est, sciat illam esse appositam, vt cum Corneo notat Mantica *supra*.

247 Alius sensus est, an oporteat conditionem impleri de jure, vel sufficiat de facto, prout factum est quid diuersum ab eo quod est de jure? Et in hoc casu respondet ad propositam quæstionem Mantica *d. tit. 16. num. 10.* si conditio non potest impleri de jure, satis esse quòd impleatur de facto, juxta *l. Mulier, §. 1. ff. de Condit. instit.* vbi jussus manumittere seruum hæreditarium, & postea hæres esse, satisfacit conditioni manumittendo seruum, cùm ante adeptam hæreditatem jus ad id non haberet. Et juxta *l. Hæredibus, §. vlt. ff. Ad Trebel.* vbi mulier furiosa grauata restituere hæreditatem, si filios non habuerit, excludit fideicommissariam habitis liberis, quanuis eos non posset habere de jure, eoquod erat incapax nubendi. Juxta hanc resolutionem tradit idem Mantica *eodem lib. 11. tit. 17. num. 28.* conditionem dandi aliquid filio spurio testatoris, impleri debere de facto, licèt talis filius sit incapax capiendi ex testamento patris: quod est valde notandum, & alibi à nobis examinabitur, an verè dictum sit.

§. 2. *Vtrum conditio habeatur aliquando pro impleta, licèt reipsa sit defecta?*

SUMMARIUM.

Quæ dicatur conditio Potestatiua, quæ Casualis, quæ Mista? & in quot species diuidatur conditio Potestatiua? num. 248.

Conditio Potestatiua, si deficiat, eoquod grauatus absque sua culpa fuit impeditus eam implere, habetur pro impleta. Secus autem si grauatus fuit in mora eam implendi, licèt postea implementum casu impediatur; num. 249.

Grauatus conditione Potestatiua, quando incipiat esse in mora eam implendi? num. 250.

Conditio dandi habetur pro impleta, si is, cui dandum erat, moriatur, antequam grauatus esset in mora. Et quomodo id sit intelligendum? num. 251.

Conditio dandi habetur pro impleta, si is, cui dari jussum est, nolit accipere, & sufficit sola pecuniæ oblatio absque depositione. Et quid, si ille noluit oblatam pecuniam accipere, postea verò voluit? num. 252.

Si constet, mentem disponentis sub conditione Potestatiua fuisse, vt ipsa reipsa impleretur, non habebitur pro impleta, quantumuis deficiat absque vlla grauati negligentia; num. 253.

Cum dicitur, quòd conditio Potestatiua habetur pro impleta, si deficiat absque culpa grauati, id intelligitur, si deficiat viuente ipso grauato; num. 254.

Conditio Casualis, quacumque ratione deficiat, non habetur pro impleta, sed semper dispositionem vitiat. Id verò limitatur, 1. nisi deficiat facto ejus, cujus intersit eam non impleri: 2. fauore libertatis: 3. nisi testator etiam deficiente conditione relicturus fuisset, nu-

num 255.

Conditio Mista non habetur pro impleta ex eoquod deficiat absque culpa grauati, vt quando deficit per casum, numer. 256.

248 Præcipua verò quæstio hic à nobis principaliter intenta, & explicanda est, an conditio habeatur aliquando pro impleta, licèt reipsa defecta sit? Pro cujus resolutione recolendum est, conditionem, vel esse Potestatiuam, vel Casualem, vel Mistam. Conditio Potestatiua dicitur illa, cujus implementum pendet à solo arbitrio, & potestate ejus cui adscripta est, seu, quam quis citra corporis, aut animæ periculum, sola sua voluntate, & viribus implere potest: vt quando quis institueretur hæres, *Si Stichum manumiserit, vel si Capitolium ascenderit.* Hanc conditionem aliqui subdiuidunt in tres species: vna est, quæ in dando, vel non dando consistit: vt, *Si tot aureos dederis:* vel, *Si tot aureos non dederis.* Altera, quæ consistit in faciendo, vel non faciendo: vt, *Si illud feceris*, vel, *non feceris.* Tertia, quæ Potestatiua Mista appellatur, & consistit simul in dando, & faciendo: vt, *Si rationes dederis*: hæc enim conditio non solùm requirit, vt rationes reddas, quod est facere: sed etiam vt des, idest, vt quod defuerit soluas. Neque verò desinit conditio esse Potestatiua, si casu aliquo impleri non possit: vt si seruus manumittendus moriatur, aut Capitolium, in quod ascendendum erat, corruerit: quia in his spectatur, quod vt plurimùm euenire solet; neque casus extranei in consideratione sunt. Conditio Casualis est, quæ à casu & fortuna pendet: vt, *Si nauis ex India venerit, Si Caius fuerit consul.* Conditio Mista dicitur, quæ partim pendet ab eo, cui adscripta est, partim ab arbitrio alterius, vel à fortuna: vt, *Si Berta nupserit Titio: Si in patriam redierit*, quæ ab eo longissimè abest. Dicitur etiam Mista conditio, quæ difficilem admodum dationem continet; vt si testator grauet inopem dare ingentem pecuniæ summam. Tradit hæc omnia Menoch. referens alios *lib. 4. de Præsumpt. præsūpt.* 183. *à n. 3. vsque ad* 11. His animaduersis per aliquot conclusiones quæstioni satisfiet.

Prima conclusio: conditio Potestatiua, 449
si deficiat eoquod grauatus absque sua culpa fuit impeditus eam implere, seu quin stetisset per ipsum quominus impleretur, habetur pro impleta. Sic Mantic. *lib. 11. de Conject. tit. 16. num. 14. & de Tacit. & ambig. conuentionib. lib. 14. tit. 45. num. 7.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 183. *num.* 18. *&* 19. Barthol. & cæteri *in l. In testamento, a secunda, ff. de Condit. & demonstr.* Ratio est, quia in ejusmodi conditione solùm postulatur voluntas, & factum ejus à quo impleri debet, non autem euentus: alioqui jam non esset merè Potestatiua: ergo si deficiat absque ejus culpa, seu, quin talis defectus ei possit imputari, haberi debet pro impleta. Atque ita sumitur ex *l. Quæ sub conditione, §. Quoties, ff. de Condit. inst. & l. Turpia legata, §. Sed & si, ff. de Leg.* 1. Monet autem bene Mantica *d. num.* 14. cùm Bartholo, & alijs, si is qui debuit implere, fuit in mora, licèt postea implementum casu impediatur, conditionem, quæ semel videtur defecta, non haberi ampliùs pro impleta. Idem tradit Menochius *sup. num.* 20. vbi cum Decio addit, non posse in hoc casu purgari moram, nisi id fiat intra modicum tempus.

Vt autem intelligatur quando graua- 450
tus incipiat esse in mora, aduertit Mantica *d. tit. 45. de Tacit. & ambig. conuent. num.* 10. conditionem Potestatiuam in legatis, & fideicommissis debere impleri, cùm primùm potest, per *l. Hæc conditio, a secunda, ff. de Condit. & demonstr.* cæterùm hoc intelligi, vt intra modicum tempus mora possit purgari, vt per Bald. *in l. Si plures, num. 33. in fine, Cod. de Condit. insertis*, si autem fuerit adjecta institutioni hæredis, non intelligi defectam, donec impleri potest, juxta Glossam singularem *in l. Siquis instituatur, ff. de Hæred. instit.* Bald. *in l. Si pater, num.* 20. Salicet. *ibidem num. 14. Cod. de Instit. & substit.* & Paul. Castr. *in l. Si pluribus,* nu-

num. 5. ff. de Leg. 1.

251 Ex his colliges, conditionem dandi (quæ quidem juxta probabiliorem sententiam Potestatiua est) haberi pro impleta, si is, cui dandum erat, moriatur antequam grauatus esset in mora Sic Menoch. *d. præsumpt. 183. num. 19. & 20.* qui id intelligit, licèt ille viuo testatore decesserit, per *l. Stichum, §. penult. ff. de Condit. & demonstr.* Hanc tamen legem in eo titulo non reperio, imò seclusò fauore libertatis, contrarium decidi videtur *in l. Cùm ita, 93. vers. Diuersa causa, ff. eod.* Quid autem ad hoc responderi possit, vide apud Mantic. *d. lib. 11. de Conject. tit. 17. num. 7.* vbi duas adhibet responsiones. Declarat autem idem Menoch. *numer. 21.* cum Imola, Alex. & Decio, hanc traditionem procedere, nisi ille, cui dari jussum est, fuerit à tertio occisus; quòd tunc agi possit contra homicidam. Qua quidem ratione niti videtur textus *in l. Inde Neratius, §. Idem Iulianus, ff. Ad leg. Aquil.* vbi conditio Potestatiua, *Si seruus manumittatur*, habetur pro defecta, si ille seruus viuo testatore occisus fuit.

252 Colliges præterea, conditionem dandi haberi similiter pro impleta, si is, cui dari jussum est, nolit accipere. Sic cum Barth. Baldo, & communi Menoch. *proximè citatus num. 18.* & Mantica *lib. 11. de Conject. tit. 17. num. 32.* vbi dicit, hoc esse juris indubitati, additque cum Bartholo, solam pecuniæ oblationem sufficere ad hujus conditionis implementum, nec depositionem requiri, per text. *in l. vlt. Cod de Condit. insertis.* Si autem is, cui dari jussum est, noluit oblatam pecuniam accipere, postea verò vellet, an tunc grauatus debeat conditionem formaliter implere, dando illi reipsa pecuniam? Respondeo, quòd vel ille tertius, cui dari jussum est, noluit accipere in gratiam grauari, habendo pecuniam pro accepta: & in hoc casu censetur conditio simpliciter impleta, nec oportet pecuniam ampliùs illi tertio offerre, quãtumuis ille se retractet, ac sibi dari velit; siquidem jam ei satisfactum est, perinde acsi reipsa oblatam pecuniam accepisset. Ita sentit Bellapertica apud Manticam *supra.* Vel noluit accipere ex alia causa justa, vt quia ignorabat sibi pecuniam offerri ex præscripto testatoris, & tunc deberet ei rursus offerri, vt conditio impleatur: secus autem, si non accipit non habens rationabilem causam non recipiendi; quia tunc per primam oblationẽ fuit cõditio impleta. Ita quoad vtranq; partem Bald. *in l. Si plures, n. 35. Cod. de Condit. insertis,* & Mantica *vbi supra.* Qui addunt, quando ille tertius non habuit justam causam non rejiciendi, tunc neque ope exceptionis posse illud emolumentum consequi. In quo recedunt à sententia Bartholi *in d. l. vlt. numer. 3. Cod. de Condit. insertis* vbi licèt absolutè per eum textum asserat, quando ille tertius noluit accipere, statim per ipsam oblationem intelligi conditionem impletam, neque eum posse ampliùs petere; addit tamen, posse eum ope exceptionis id consequi, nisi talis esset testatoris dispositio, vt habita conditione pro impleta, traxerit secum omnimodam executionem, tam quoad jus, quàm quoad factum, vt in libertate.

Nota verò primò, prædictam conclusionem & corollaria ex ea deducta intelligi, nisi constet, mentem disponentis fuisse, vt conditio reipsa impleretur: tunc enim si deficiat, quantumuis absque vlla grauati negligentia, non habetur pro impleta, vt cum Bartholo, & alijs tradit Mantica *lib. 14. de Tacit. & ambig. conuent. tit. 45. num. 9. per l. Vter ex fratribus, ff. de Condit. institut.* Et ratio est, quia in hoc casu censenda est ea conditio Casualis, quæ semper actum vitiat, nisi reipsa impleatur, vt ex sequenti conclusione constabit: & præterea, quia, vt supra notauimus, in conditionibus primum locum tenet voluntas testatoris, easque regit, *l. In conditionibus primum locum, in princip. ff. de Condit. & demonstr.* Igitur si appareat voluntatem testatoris fuisse, vt conditio Potestatiua non habeatur pro impleta, etiamsi deficiat absque culpa grauati, illi voluntati standum est. 253

Nota secundò, cùm dicitur, conditionem Potestatiuam haberi pro impleta, si de- 254

deficiat absque culpa grauati, id procedere, si deficiat viuente ipso grauato. Si enim dum illa erat pendens, grauatus moriatur, vel fiat seruus pœnæ, quæ seruitus morti assimilatur, habetur simpliciter pro defecta, ac legatum sub ea relictum omnino intercidit, vt habetur *l. Intercidit*, 58 *ff. de Condit. & demonstr. & l. vnica*, *§. Sin autem aliquid*, & ibi Glossa *Cod. de Caduc. tollen.* notatque cum alijs Mantica *d. tit.* 45. *num.* 8. quanuis leges, quas ad hoc allegat, id non probent.

255 Secunda conclusio: conditio Casualis quacumque ratione deficiat non habetur pro impleta, sed semper dispositionem vitiat. Sic Barthol. *in l.* 1. *in prima oppositione, Cod. de Instit. & substit.* Mantic. *lib.* 11. *de Conject. vlt. vol. tit.* 16 *num.* 15. *& de Tacit. & ambig. conuent. lib.* 14. *tit.* 45. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 183. *num.* 13. & cæteri communiter. Constatque satis apertè ex *d. l. vnica, §. Sin autem aliquid sub conditione, Cod. de Caduc. tollen.* Limitatur autem primò, nisi conditio deficiat facto ejus, cujus interfit eam non impleri, juxta regulam, *l. Iure Ciuili, ff. de Condit. & demonstr.* vbi generaliter habetur, conditionem, quæ impeditur facto ejus, cujus interest eam non impleri, perinde haberi, acsi impleta fuisset. Limitatur secundò fauore libertatis, quando seruus purè à domino institutus libertate donatur sub conditione Casuali: liber enim tum temporis efficitur, quantumuis conditio non eueniat, vt expressè habetur *in l. vlt. Cod. de Necessar. seruis hæred. instit.* Limitatur tertiò, vt non procedat si testator relicturus fuisset etiam deficiente conditione, vt notat Glossa *in l.* 1. *Cod. de Institut. & substitut.* Atque has omnes limitationes tradunt cum alijs Mantica, & Menoch. *locis citatis.*

256 Tertia conclusio: conditio Mista non habetur pro impleta ex eoquod deficiat absque culpa grauati, vt quando deficit per casum. Ita Barthol. *in l.* 1. *num.* 1. *in* 2. *Oppositione Cod. de Institut. & substit.* Bald. *ibidem num.* 6. Mantica, *lib.* 11. *de Conject. tit.* 16. *sub num.* 17. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 183. *num.* 40. vbi plurimos refert Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. disp.* 33. *num.* 24. & Molin. Junsta *lib.* 2. *de Primog. cap.* 13. *num.* 23. *& seqq.* estque communis sententia, quamuis Molina Theol. *disp.* 206. asserat, si tibi relictum sit legatum, vel hæreditas sub conditione, *Si Bertam duxeris*, non amissurum te illud relictum, Si Berta moriatur, antequam adueniret tempus eam ducendi. Nostra verò, & communis sententia cōstat ex *l. Legatum, Cod. de Condit. insertis*, ibi: *Legatum, seu fideicommissum à patruo tuo tibi relictum sub conditione, si filio ejus nupsisses, cum mortuo filio, priusquam matrimonium cum eo contraheres, conditio defecerit, nulla ratione deberi tibi existimes.* Vbi satis ostenditur Mistam conditionem defectam ob casum mortis contingentem in persona alterius, & sic absque vlla culpa grauati non haberi pro impleta. Idem colligitur ex alijs juribus.

§. 3. *Assignantur multi casus in quibus conditio Mista deficiens habetur pro impleta.*

SUMMARIUM.

Conditio Mista deficiens absque culpa grauati habetur pro impleta fauore alimentorum, quæ sub ea fuerint alicui relicta, num. 257.

Legatum dotis puellæ pauperi relictum sub conditione, Si Titio nupserit, *non perit obeunte Titio, antequam illa esset in mora. Et vtrum oporteat, quòd talis puella alteri nubat, vel Religionem ingrediatur? ibid.*

Conditio deficiens absque culpa grauati habetur pro impleta in legato libertatis, vel ad piam causam, num. 258.

Quid, si conditio pro pluribus fuit apposita, & solùm ex parte potuit impleri? ibidem.

In primogenijs relictis sub conditione Mista, si hæc deficiat absque culpa grauati, habetur pro impleta, eod. n. 258.

Conditio Mista habetur pro impleta, si de-

Præfata vero conclusio, quòd conditio Mista non habetur pro impleta, ex eo quod deficiat absque culpa grauati, in quamplurimis casibus limitatur. Primò enim limitatur fauore alimentorum, quando scilicet alicui relicta fuerint alimenta sub ejusmodi conditione, eaque defecerit absque illius culpa: tunc enim habetur pro impleta *l.* 1. *C. de Leg.* & ibi Glossa communiter recepta *l. Annua, in princ. ff. de Annuis legatis, l. Illis libertis,* & ibi Bartholus *ff. de Condit. & demonstr.* Mantica alios referens *lib.* 11. *de Conject. tit.* 16. *num.* 18. Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 183. *numer,* 42. vbi alios refert, & Sanch. *lib.* 1. *de Matrimon. disput.* 33. *numer.* 25. qui inde 257

inde cum Couar. & alijs rectè deducit, legatum dotis puellæ pauperi relictum, sub conditione, *Si Titio nupserit*, non deficere obeunte Titio, antequam illa esset in mora; quia dos pauperi legata intelligitur pro alimentis, vt præter Sanch. & alios ab eo citatos tradit Mantica *lib. 6. de Coniect. tit.* 11. *num.* 18. cum Baldo, & Barth. *in l. 1. num.* 339. *ff. de Solut. matrimon.* credit autem idem Sanch. *d. num.* 25. *juncto num.* 30. vt dicta puella obtinere possit hujusmodi legatum, debere alteri nubere, vel Religionem ingredi. Quod mihi est difficile, cùm conditio illa nubendi Titio, in casu proposito habeatur absoluté pro impleta fauore alimentorum, vel certè fauore causæ piæ: quia legatum dotis pauperi relictum est pium, vt cum alijs aduertit Mantica *proximè citatus*, & conditio Mista deficiens per casum, habetur pro impleta in legatis ad pias causas, vt statim probabimus.

258 Limitatur secundò, vt non procedat, quando libertas sub conditione legatur: tunc enim conditio deficiens absque culpa grauati habetur pro impleta, vt expressè habetur *in d. l. Cùm ita*, 93. *ff. de Condit. & demonstr.* & notant Mantica *lib.* 11. *de Coniect. tit.* 16. *num.* 18. *vers. Secundò*, & Menoch. plures referens *d. præsumpt.* 183 *num.* 43. Limitatur tertiò, vt locum etiam non habeat in legatis ad pias causas, vt notant Mantica *d. num.* 18. *vers. Tertiò*, Menoch. *supra num.* 44. & Sanch. *d. disp.* 33 *num.* 25. Quia valet argumentum à libertate ad piam causam, vt tradunt communiter DD. Limitatur quartò, vt quandò conditio diuidua pro pluribus fuit apposita, v g. si det centum Januario, & Sticho, satis sit ad lucrandam partem legati sub tali conditione relicti, impleri conditionem ex parte, si altera ejus pars impleri non potuit, vt quia antequam grauatus esset in mora, mortuus fuit Stichus, si autem conditio esset indiuidua, vt v.g. si Titius, & Seius monumentum fecerint, non satis erit, quòd alter illorum faciat partem monumenti, vt partem legati consequatur. Ita expressè habetur *in l. penult. in princ. ff. de Condit. & demonstr.* In qua lege videtur fundari, quod ex Joanne de Anania tradit Mantica *lib.* 11. *de Coniect. vlt. vol. tit.* 20. *num.* 6. simplex legatum relictum sub conditione successiua transmitti; si conditio cæpta est impleri, quod tunc habeatur pro impleta: secus autem si legatum esset annuum. Limitatur quintò, vt non procedat in primogenijs, idque ex præsumpta testatoris voluntate, vt optimè probat Molina Jurista *lib.* 2. *de Primog. cap.* 13. *num.* 26. quod à fortiori dicendum erit in primogenijs relictis sub modo, vt quando maioratus relinqueretur Petro cum onere, vt nubat Titiæ: si enim Titia moriatur, antequam grauatus sit in mora ducendi illam, habetur proculdubio modus pro impleto, vt tradit idem Mol. *n.* 24 *&* 25. & Sanch. *d. disp.* 33 *n.* 25.

Limitatur sextò, nisi conditio deficiat 259 facto ejus, in cujus persona implenda erat, vt quando legatum relinqueretur sub conditione nubendi Titiæ, ipsa verò Titia eas nuptias recusauit: censetur enim tunc conditio impleta, *l. 1. Cod. de Instit. & substit.* & ibi communiter scribentes, item *l. In testamento*, 2. *& l. Vter ex fratribus, ff. de Condit. & demonstr.* Mantic. *lib.* 11. *de Coniect. vlt. vol. tit.* 16. *num.* 17. *& tit.* 18. *num.* 37. Molina Jurista *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 13. *num.* 14. Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 183. *n.* 25. & Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp.* 33. *n.* 19. qui *num.* 20. addit, conditionem nubendi Titiæ haberi similiter pro impleta, si Titia alteri nubat; non enim teneri grauatum viduam effectam ducere, quòd testator de primis nuptijs intellexisse censendus sit. Idem tradunt Baldus, Costa, & Mol. Jurista, quos Sanch. *ibidem* refert.

Circa hanc verò limitationem dubitari 260 solet, quid dicendum, quando Scio relictum est legatum, vel hæreditas sub conditione nubendi Titiæ, si ille voluit eam ducere, at illa primò renuit, deinde annuit, ille verò tunc noluit: an scilicet Scius legatum, vel hæreditatem consequi debeat, quasi conditionem impleuerit? Ad quod variè admodũ respondent DD. vt videre est apud Manticam *d. tit.* 16. *num.*

num. 21. *& d. tit.* 18. *à num.* 38. & Menoch. *d. Præsumpt.* 183. *à num.* 27. Qui tamen cum Socino, sic aliorum opiniones conciliant, vt si ille grauatus jam aliam vxorem duxerat, vel jam legatum, aut hæreditatem acquisiuerat (vt de jure potuit, vbi primum Titia declarauit se nolle ei nubere, cùm conditio statim habita sit pro impleta) tunc non ducat. Secus autem, si nondum aliam vxorem duxerat, nec legatum, vel hæreditatem acquisierat, vt quia legatum erat quantitatis, nec dum illud obtinuerat, vel si hæreditas ei relicta erat, nondum illam adiuerat. Cujus resolutionis fundamenta latè à citatis DD. afferuntur.

261 Dubitari etiam hìc solet, si is cui relictum est legatum sub conditione nubendi Titiæ, primò aliam ducat, deinde viduus effectus velit ducere Titiam, an id sufficiat ad conditionem implendam, & legatum consequendum? Non deest, qui in simili partem affirmatiuam tueatur, quando scilicet alicui relinqueretur legatum sub conditione ingrediendi Religionem, & ille primò nuberet, deinde viduus effectus Religionem ingrederetur. Nihilominus partem negatiuam tuentur meritò cum alijs Costa *in l. Cùm tale, §. Si arbitratu, limit.* 3. *num.* 2. *&* 3. Mol. Jurista dicens id esse probabile *lib.* 2. *de Primogen. cap.* 13. *num.* 16. & Sanch. dicens id esse verius *lib.* 1. *de Matrimon. disp.* 33. *numer.* 17. *per l. Hæc conditio, filiæ meæ, in princip. & l. Cùm ita, §.* 1. *& l. Hoc genus, ff. de Condit. & demonstr. & l. Matrimonij, ff. Qui & à quibus.* Addunt autem Molina, & Sanch. hoc debere intelligi, dummodo grauatus aliam ducat tempore delatę successionis, vel post eam delatam: secus verò, si aliam priùs duxit, quæ jam tempore delatæ successionis sit mortua, & tunc paratus sit conditioni parere, quia conditiones semper respiciunt tempus delatæ successionis, *l. Interuenit, ff de Legatis præstandis*, ibi: *Et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse, cum dies legati cessit.* Atque idem sentit Sanch. in grauato ingredi Religionẽ, qui priùs vxorem duxit.

262 Illud etiam circa superiorem limitationem non omittendum, si conditio pendens à duobus non fuit principaliter apposita honorato, sed alteri à quo simul pendet, tunc conditionem non haberi pro impleta, si deficiat per illum alterum: vt si testator legauit Seio, si Titia illi nuberet, Titia verò ei nubere noluit. Sic Mantica *lib.* 11. *de Conject. vlt. vol. tit.* 16. *num.* 20 & communis sententia, quam relatis multis tradit Menoch. *de Præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 183. *numer.* 32. *& seqq.* per text. à contrario sensu *in l. Labeo scribit, si bibliothecam, ff. de Contrah. empt.* contra Accurt. *in l. Inde Neratius, §. Item Iulianus, vers. Quia retrorsum, ff. Ad leg. Aquil.* vbi ait in proposito exemplo deficere legatum, si Titia non nupsit Seio, quia mortua est: secus autem, si non nupsit, quia noluit; quòd tunc facto ejus conditio impleta non sit: quam sententiam vnus, vel alter doctor sequi videtur apud Menochium *vbi supra*, qui bene eorum fundamenta refellit. Illum consulito.

263 Limitatur septimò prędicta conclusio, nisi grauatus justè impediatur ab aliquo tertio, ne conditionem implere possit; vt si Titię relictum sit legatum sub conditione nubendi Seio, & cùm parata esset conditionem implere, à patre suo nolente consentire tali matrimonio impedita fuit: vel, si aliquis institutus sit hæres sub conditione, si in ædibus suis Ecclesiam construeret, Episcopus verò, sine cujus auctoritate id efficere non poterat, consensum præstare noluit. In his enim, & similibus euentibus conditio habetur pro impleta. Ita sumitur ex *l. Si post diem, §. Item si qua conditio, ff. Quando dies legati cedat, & ex l. Si Titius statuas, ff. de Condit. & demonstr.* & tradunt relatis alijs Mantica *lib.* 11. *de Conject. vlt. vol. tit.* 16. *num.* 19. *&* 22. *fine* Molina Jurista *lib.* 2. *de Primogen. c.* 13 *n.* 22. & Sanch. *lib.* 1. *de Matrim. disp.* 33 *num.* 27.

264 Dixi, nisi justè impediatur; nam si impeditus sit injustè, non censetur conditio impleta, sed competit illi actio ad interesse aduersus impeditorem.

Ita Barthol. *in l. 1. num. 1. vers. Circa id, quod dicitur, Cod. de Instit. & substit.* Mantica *d. tit. 16. num. 22. fine,* Molin. *d. num. 22.* Menoch. plures referens *d. praesumpt.* 183. *num.* 39. & Sanch. *d num.* 27. *per d. l. Inde Neratius, §. Item Iulianus, ff. Ad leg. Aquil.* Addunt tamen omnes citati DD. si injustus impeditor non sit, soluendo, tunc in subsidium haberi conditionem pro impleta: quod probat text. *in l. vlt. ff. de Eo, per quem factum erit, quominus quis judicio sistat, & l. Titio, §. vlt. ff. de Condit. & demonstr.*

265 Limitatur octauò, vt conditio habeatur pro impleta, quando stat per eum, qui si impleta esset, debiturus erat. Ita expressè habetur *in l. Iulius Paulus,* 80. *fine, ff. de Condit. & demonstr.* & idem habetur *per l. Iure Ciuili,* 24. *ff. eod. & Regul. In jure Ciuili,* 122. *ff. de Regul. jur.* Vnde si mihi legatum relinquatur sub conditione, si Titio per annum seruiero, conditio habebitur pro impleta, & legatum mihi debebitur, si hæres me impedierit, ne Titio seruiam: idemque est in similibus. Et hoc, siue agatur de legato, siue de institutione, siue etiam de stipulatione, vt declaratur *in d. Regula, In jure Ciuili.*

266 Nota verò, cùm dicimus conditionem haberi pro impleta, quando deficit per eum cujus interest eam non impleri, id intelligi secundum Gloss. *in d. Regul. In jure Ciuili,* & secundum Ayon, quem refert, si conditio deficiat per eum cujus principaliter interest, vt quia conditione existente incidit in obligationem, vel quod suum est, aut erit, ab eo recedat, argum. text. *in l. Fidejussoris autem, ff. de Pactis.* Unde non sufficiet, quòd conditio deficiat per alium, qui solùm remotè, ac minùs principaliter incommodum sentiet ex illius impletione, vt v.c. si filij, aut amici ejus, cujus immediatè interest conditionem non impleri, injustè impediant grauatum, ne conditionem impleat. Quod intellige juxta supradicta pro præcedenti limitatione.

267 Aduertunt etiam Barth. & Bald. quos refert, nec refellit Mantica *lib. 11. de Conjectur. vlt. vol. tit. 16. num. 22.* prædictam resolutionem, quòd conditio habetur pro impleta, quando deficit per eum cujus interest eam non impleri, procedere, quando ille cujus interest, directò agit, vt conditionem impediat: secus autem, si directò non agit. Et eodem modo distinguunt, quando conditio Mista deficit per eum, in cujus persona implenda erat, vt nimirum habeatur pro impleta, si ille directò impediat ejus implementum: secus verò si indirectè, & per accidens. Et ratio pro vtroque casu videtur esse, quia quando impedientes non agunt directè ad conditionem impediendam, censetur conditio deficere per casum, & tam conditio Casualis, quàm Mista casu deficiens non habetur pro impleta, vt ex supradictis constat. Addunt tamen citati DD. quòd in dubio censentur impeditores directò egisse ad conditionem impediendam.

Notandum hìc etiam est, conditionē, 268
Si vicerit in certamine, vel colluctatione, non haberi pro impleta, licèt per solam resistentiam Aduersarij absque vlla grauati negligentia deficiat. Ita Gloss. *in d. Regul. In jure Ciuili, ff. de Regul. jur.* Bald. *in l. 1. n. 21. Cod. de Instit. & subst.* & Mantica dicens, id esse sine dubio *d. tit.* 16. *num.* 24. Et ratio est, quia in hoc casu agitur, vt alter possit resistere, & hoc ipsum inuoluitur in illa conditione, quæ efficit hunc sensum, si Aduersario resistente honoratus nihilominus vicerit. Vnde hujusmodi conditio talis est naturæ, vt requirat factum, & non sufficiat conatus. Addit autem optimè Mantica, hoc intelligi, si Aduersarius certando, seu colluctando vicerit: secus autem si certare recuset; tunc enim videri stare per illum, & conditionem haberi pro impleta, juxta Glossam *in l. Si gratuitam, §. vlt. vers. Victori, ff. de Præscriptis verb.* Barth. *in l. In executione, §. vlt. ff. de Verb. oblig.* & Decius *in l. In jure Ciuili, num. 6. ff. de Reg. juris.*

Denique circa prædictam conclusionē 269
in dubium à DD. reuocatur, an conditio Mista deficiens facto testatoris habeatur

pro

pro impleta? Qua in re variè sentiunt DD, vt videre est apud Manticam *lib. 11. de Conject. vlt. vol tit. 16. num. 25. & 26.* & Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 183. à num. 46.* ipsi verò ad quæstionem respondent distinguendo cum Socino Sen. in hunc modum. Quòd vel conditio deficit facto testatoris, quia ipse remouet solam conditionem; & tunc legatum non videtur ademptum; & conditio habetur pro impleta, juxta *l. Siquis seruum, 52. ff. de Condit. & demonstr.* vel conditio ex facto voluntario testatoris impleri non potest; & tunc intelligitur, eum voluisse adimere legatum, vt probat text. *in l. Cùm tale, 71. § penult. ff. de Condit. & demonstr.* vbi testator legauit libertatem seruo suo, si soluisset, quod ipse testatori debebat Titio, deinde testator viuens soluit hoc debitum, atque ita impediuit conditionis implementum, & dicitur legatum libertatis ademisse. Vel denique conditio impeditur facto testatoris necessario; & tunc non censetur testator voluisse legatum adimere argum. *l. Fideicommissa, §. Si rem, ff. de Leg. 3.* vbi si testator coactus necessitate alienauit rem legatam, non censetur voluisse adimere legatum.

270 Quæres nihilominus, quid dicendum, quando implementum conditionis jure impeditur propter factum testatoris, vt si testator legauit alicui Ecclesiæ centum, si in ea sepeliretur, & decessit excómmunicatus, propter quod ibi sepeliri non potuit? Disputant latè circa hunc casum Mantic. & Menoch. *locis supra citatis.* Et communis sententia videtur esse, legatum deberi, nihil obstante, quòd conditio illa deficiat. Quæ quidem sententia verissima est, si testator conditionem apposuit, quando jam erat excómmunicatus, cùm talis conditio, supposita excómmunicatione, sit turpis, & impossibilis de jure: & hujusmodi conditiones pro non adjectis habeantur in vltimis voluntatibus, vt ex superioribus constat. Difficultas verò est, quando testator post conditum testamentum, in quo illud legatum reliquit, in excómmunicationem incidit, & in ea decessit. In quo euentu pro vtraq; parte sunt DD. nec leuia fundaméta, ut apud citatos, maximè verò apud Menoch. videre licet. Receptius tamen est, quòd etiam in hoc casu conditio illa deficiens habetur pro impleta per *l. Miles, §. vlt. ff. Ad leg. Iuliá de Adulter.* vbi juris impedimentum casatum ab eo, qui vult excusari ex ipso impedimento, nihil operatur. Et ita hanc sententiam tuentur Dynus & Barth. *in d. l. Miles, §. vlt.* Salicet, & alij quos citat, & sequitur Menoch. *d. præsumpt. 183. n. 46.* quibus ex Theologis accedit Sanch. *lib. 1. de Matrim. disp. 33. numer. 26.* vbi pro eadem sententia refert Sylucstr. & Armil.

271 Quæres prætereà, vtrum conditio deficiens, quæ per ipsú testatorem impléda erat, dispositioné vitiet? Vt quando testator reliquit aliquid à se in ipso testamento, vel codicillis declarádú, id verò minimè declarauit; quæ quidem dispositio cé setur facta sub conditione, si testator declarauerit. Respondetur defectum talis conditionis de futuro non vitiare institutionem: secus autem, si sit conditio de præterito, vel præsenti. Sumitur hæc resolutio *ex l. 2. & l. Siquis ita, 36 ff. de Hæred. instit.* vbi habetur, si testator dixit: *Instituo Titium ex parte, quam adscripsero,* valere institutionem, tanquam purè factam, si pars adscripta non fuerit: si autem dixit, *Ex parte, quam adscripsi,* nullam esse institutionem, si parté reipsa non adscripsit. Atq; ita ibidem tradunt Glos. Barth. & cæteri scribentes. Ratio discriminis est, quia testator in primo euentu, eo ipso quòd non declarauit, quod se declaraturum, seu scripturum dixerat, videtur pænituisse conditionis, & sic voluisse, vt institutio maneret pura. Qua etiam ratione in *l. pen. Cod. de Institut.* valet testamentum, in quo testator dixit, quod instituebat hæredes secundum conditiones infra scriptas, licèt postea nullam conditionem adjecerit. Visus est enim pænituisse prioris voluntatis, vt exponit Anton. Gomez *in l. 3. Tauri numer. 105.* In secundo autem euentu, vbi de præterito, vel præsenti apposita est

 con-

conditio falsa, nec momento valuit testamentum, cùm statim à principio defecta sit conditio, sub qua conditum est, nec in hoc euentu locum habeat conjectura, quòd testatorem pœnituerit talis conditionis.

272 Vnde notandum, primam partem traditæ resolutionis solùm procedere, quando testator consummauit testamentum, in quo tali modo scripserat: nam si cæpit illud facere, & non potuit consummare, vt quia morte, vel alio casu impeditus fuit, cessat conjectura, quòd illum pœnituerit conditionis, & sic ob ejus defectum vitiabitur institutio, taleque testamentũ manet omnino imperfectum in ratione voluntatis, & consequenter hac etiam ratione nullum, vt constat ex *l. Si is qui testamentum, ff. de Testam.* idque licèt sit ad pias causas, vt tradidimus *disp. præced. sect. 9. §. 3. num.* 331.

273 Notandum præterea, dictam priorem partem solùm videri habere locum in institutione hæredis, in qua tantùm specie loquitur *d. l. 2. & d. l. Siquis ita, ff. de Hæred. instit.* In legatis enim dicendum omnino videtur, quòd quando testator dixit: *Relinquo tibi, quod postea scripsero, seu declarauero*, si postea neque in ipso testamento, neque in codicillis quidquam declaret, tale legatum est nullum; non solùm quia est legatum incertum quoad rem, vel summam legatam, quod sufficit vt sit nullum, si non sit ad causas pias, vt tradit Mantica *lib. 6. de Conject. tit. 3. num.* 36. per text. *in l. Titia cum Testamento, 35. in princip. ff. de Leg. 2.* sed etiam quia est conditionale, & conditio non impletur, neque pro impleta, habetur, vt tenet Glossa *in d. l. Titia cum testamento, verbo, Speciem, & in l. Ex. hac scriptura, verbo, Pertinere, ff. de Donation.*

274 Ratio diuersa, cur hoc ita dicendum sit in legatis, cùm aliud sit in institutionibus, ea videtur esse; quia quando testator dicit, se legare quod postea declarabit, si nihil declaret, nihil remanet, ad quod intentio testatoris terminari intelligatur: quod secus accidit, quando hæres instituitur ex parte postea declaranda: nam licèt ea declaratio non fiat, adhuc remanet ad quid optimè terminari potuerit testatoris intentio; siquidem si solùm diceret; *Instituo hæredem Titium*, nihil amplius declarando, eo ipso intelligitur illum instituere vniuersaliter in tota hæreditate, si nullum alium simul instituit; vel in parte æquali, si cohæredem illi dedit, quòd est indubitatum, cùm institutio sit titulus vniuersalis omnem testatoris substantiam comprehendens, *vt sect. 1. hujus disp.* satis declaratum est. In legatis autem longè aliter se res habet; quia legatum est titulus particularis, quo solùm datur id, quòd testator aliquo modo declarat: vnde si testator solùm dicat, *Relinquo legatum Titio*, nihil amplius addendo, tale legatum est inutile, quemadmodum si relinqueret aliquid in genere generalissimo, vt ens, rem, substantiam, vt bene Anton. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 12. num. 32.* per text. *in l. Ita stipulatus, 115. ff. de Verbor. obligat.* & ibi Glos. *verbo, Nomine*, & communis DD; esset enim tale legatum derisorium, cùm dando rem minimam de toto mundo hæres liberaretur. Et ita cogitari non potest, testatorem, qui dixit se legare, quod postea declaraturus esset, & nihil postea declarauit, habuisse intentionem, vt legatum nihilominus maneret, quia esset legatum indefinitum, & in genere communissimo, quo non tam honorare, quàm irridere legatarium videretur.

275 Illud tamen libenter admittam, si testator diceret: *Lego Petro, & Antonio triticum, quod habeo, vnicuique partem, quam postea declarabo*, tunc si testamentum consummet, & neque in illo, neque in codicillis vllam declarationem faciat, tale legatum valere, & debere triticum dari illis legatarijs pro partibus æqualibus. Quia in hoc casu militat eadem ratio, quæ in institutione duorum hæredũ ex partibus postea declarandis, vt consideranti patebit.

276 Addo præterea, quòd etiam quando legatum fuerit relictum ex causa pia, non euadet nullum, licèt testator dixerit, *Se re-*

relinquere, quod postea declarabit, & nihil postea declaret; quia licèt deficiente ea declaratione videatur legatum manere indefinitum, id non obstat quominus in tali casu sit validum; quia ex ipsamet causa, & ex dignitate, ac facultatibus testatoris recipit determinationem boni viri arbitrio faciendam, vt relatis alijs tradit Mantica *lib.6.de Conjectur. tit.3. numer* 36.per *l.Si cui, ff.de Annuis legatis, & l.penult.ff.de Adimend legat. & l.Stichus, ff.de Leg.3. & l. Quidam in testamento, ff.de Leg.2.* Vnde bene apud eundem Manticam docent Cardinalis *in Clementina,1.de Testamentis,q.28 circa finem.* & alij, si testator dixerit, *Lego pro anima mea*, nec expresserit quantitatem, legatum nihilominus valere, & commissarium posse disponere, vsque ad summam concurrentem secundum dignitatem personæ testatoris, & quantitatem patrimonij, & numerum liberorum, argum. *l.Si filiæ,ff.de Leg.3.& l.Cùm post, §.Gener.ff.de Iure dotium, & l.Siquis,§. Sumptus, ff.de Religios. & sumpt.funer. & cap.Cùm tibi, de Testamentis.*

SECTIO X.

Vtrum hæredis institutio possit fieri ex die, vel ad diem, seu ad tempus?

SUMMARIUM.

*QVæ dicatur institutio ex die; & quænam sit ex die, seu tempore certo, vel incerto? num.*277.

*Institutio ex die incerto, quæ etiam dicitur in diem incertum, est conditionalis, & quomodo id se habeat? num.*278.

Quæ dicatur institutio ad diem, seu ad tempus? ibid.

*Si institutio fiat ex certo die, seu tempore, rejicitur tempus, seu habetur pro non adjecto; & institutio valet tanquam simpliciter facta: secus verò est in legatis; num.*279.

Ius Ciuile non patitur, vt quis decedat partim testatus, & partim intestatus; ibid.

Miles tam ex die certo, quàm vsque ad diem potest hæredem instituere; ibid.

*Institutio hæredis fieri potest ex die, seu tempore incerto, nec tale tempus rejicitur; num.*280.

*Siquis instituatur hæres ex die, quo Titius morietur, bona est institutio; euanescet autem si institutus Titio præmoriatur. Quid si institutio sit ex die, quo ipse institutus morietur? num.*281.

*Si aliquis instituatur hæres, cùm ad certam peruenerit ætatem, est institutio conditionalis, & euanescit, si institutus ad eam ætatem non perueniat; numer.*282.

Omnes vltimæ voluntates adjectione temporis ex die incerto fiunt conditionales; ibid.

*Quando dictum tempus adjicitur vltimæ voluntati in fauorem honorati, vt quòd ante tale tempus timeatur, quòd legatum inutiliter insumat, non redditur talis voluntas conditionalis, nec perit, licèt legatarius ante tale tempus moriatur; num.*283.

Quando dictum tempus adjicitur tantùm executioni dispositionis, non redditur dispositio conditionalis; num 284.

Legatum libertatis in tempus, quo hæres fuerit certæ ætatis, non perit licèt hæres ad eam ætatem non perueniat, sed est legatum in diem, quo illa ætas compleretur, si hæres ante illam non decederet. Et idem est, licèt testator diceret, Si hæres meus ad talem ætatem peruenerit, talis seruus liber esto; *numer.*285.

Quando in legatis, & fideicommissis adjicitur tempus, quo hæres grauatus fuerit certæ ætatis, non redditur fideicommissum conditionale, sed in diem, & non perit mortuo hærede ante illam ætatem, neque si ipse fideicommissarius ante illam moriatur; num. 286 *Oppositum tamen est satis probabile; numer.*287.

Institutio hæredis non potest fieri vsque ad certum tempus: si tamen ita concipiatur, valet tanquam simpliciter facta, & tempus habetur pro non adjecto. Et

idem est, quando institutio fieret vsque ad tempus incertum. Fal it autem tradita resolutio in militem, num. 288.

Si testator dicat, se instituere Titium vsque ad tale tempus, & quod vlterius non possit esse hæres, an talis dispositio valeat? num. 289.

Siquis institueret hæredem in omnibus suis bonis donec ipse institutus vixerit, vel vsque ad aliud certum tempus, nullo alio hærede post illud tempus instituto, an talis hæres teneatur finito eo tempore restituere hæreditatem hæredibus ab intestato? numer. 290. *& seq.*

Quid, si testator instituit Titium donec vixerit, vel vsque ad decennium, & post illud tempus instituit Seium? numer. 292. *& seqq.*

An valeat institutio, qua quis vxorem, vel alium extraneum reliquit hæredem, donec vixeiit, & post ejus mortem instituit proprium filium? sunt qui negent; num. 296. *Oppositum tamen est tenendum; & quomodo id intelligatur? num.* 297.

277 INstitutio ex die, appellatur, qua quis ad hæreditatem vocaretur post aliquod tempus à testatore designatum: quod vel potest esse certum, vt si testator diceret: *Sit Petrus meus hæres à die Paschatis proximè sequentis post mortem meam*; vel incertum, vt si dicat: *Sit Petrus meus hæres à die, quo Paulus Religionem ingredietur, vel quo Paulus morietur*, &c. Vbi aduertendum tempus incertum in præsenti appellari non solùm, quando incertum est, an præscriptus dies adueniet, vt cum diceretur: *Sit hæres Petrus, quando fuerit sacerdos, vel quando Paulus nupserit*, &c. Sed etiam quando certum est, futurum esse talem diem, incertum autem, quando futurus sit, & an adueniet viuente hærede, vt cùm testator diceret: *Sit Petrus meus hæres à die quo Paulus morietur.*

278 Aduertendum deinde, institutionem ex die incerto, seu, vt etiam dici solet, in diem incertum, esse conditionalem; & perinde haberi, ac si testator diceret: *Sit Petrus meus hæres, si eo viuo, talis dies aduenial*: est hoc citra dubium, & constat *ex l. Siquis instituatur*, 23. *in princ. juncta Glossa, verbo, Vel incertum, ff. de Hæred. instit. & ex l. Dies*, 74 *ff. de Condit. & demonstr. & l. Si cùm hæres*, 4. *ff. Quando dies legati cedat* alijsque ex juribus; atque ita docet Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 2. *n.* 11. Mol. *disp.* 156. *n.* 5. & cæteri omnes. Institutio vero ad diem, seu ad tempus; dicitur cũ quis instituitur hæres, vsq; ad aliquod tẽpus à testatore designatum; vt si test.tor dicat, *Sit Petrus meus hæres, donec vixerit, vel ad decennium post mortem meam.* His prænoratis. 279

Sit prima conclusio: institutio hæredis non potest fieri ex certo die, seu tempore; si tamen ita fiat, solùm tempus rejicitur, & habetur pro non adjecto, ipsa verò institutio valet tanquam simpliciter facta. Ita communis sententia per textum expressum *in l. Hæreditas ex die*, 34. *ff. de Hæred. instit. & in §. Hæres purè, Inst. eod. tit.* Ratio, cur in institutione hæredis ejusmodi tempus rejicitur, cùm in legatis admittatur, quæ tam ex die certo, quàm incerto dati possunt, *d. l. Si cùm hæres, ff. Quando dies legati cedat*, est, quia alioqui posset quis decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus; siquidem instituens hæredem ex certo die decederet intestatus pro tempore talem diem antecedente, & testatus pro subsequente: jus autem Ciuile non patitur, quòd aliquis decedat partim testatus, & partim intestatus, *l. Ius nostrum, ff. de Regul. jur. & §. Hæreditas, vers. Neq; enim, Inst. de Hæred. instit.* Assignant hanc rationem Ant. Gomez *sup. num.* 8. Menoch. *cons.* 105 *num.* 5. *lib.* 2. Molin. *d. disp.* 156. *num.* 1. Estque vulgaris apud omnes, eam verò non vulgariter explicat Pichardus *in §. Hæres, num.* 12. *Inst. de Hæred. instit.* quem vide. Fallit tamen præsens resolutio in milite, qui speciali priuilegio tam ex die certo, quàm vsque ad diem, hæredem potest instituere, *l. In fraudem*, 16. *§.* 1. *vers. Miles, & ademptus, & l. Miles ita*, 42. *ff. de Milit. testam.*

Se-

280 Secunda conclusio: institutio hæredis fieri potest ex die, seu tempore incerto, vt dicendo, *Instituo Petrum hæredem ex die, quo fuerit sacerdos.* Hæc etiam est certa, & communis, quia institutio in diem incertum, seu ex die incerto, est conditionalis, vt *supra num.*278. notauimus: institutio autem fieri potest sub conditione *l.3. §. vltim. & l. Sub conditione, ff. de Hæred. instit. §. Hæres, Inst. eod. tit.* Neque hinc sequitur, posse testatorem decedere partim testatum, & partim intestatum: quia dum pendet euentus, seu conditio talis temporis, censetur testator decessisse testatus: si verò conditio deficiat, perinde habetur institutio, acsi facta non fuisset, & testator censetur quasi ab initio intestatus decessisset, vt *supra sect. 8. hujus disput. num. 166.* satis explicuimus, & tradit in specie Pichard. *in d. §. Hæres, num. 9. Inst. de Hæred. instit.* Cætera etiam, quæ citato loco diximus pari ratione militant in institutione in diem incertum, de qua hìc loquimur, cùm sit propriè conditionalis.

281 Ex his colliges, siquis instituatur hæres ex die, quo Titius morietur, bonam esse talem institutionem, euanescere autem, si institutus Titio præmoriatur, quia est institutio conditionalis, nimirum sub conditione, si tempore mortis Titij institutus viuat; quæ conditio deficit instituto præmoriente. Secus dicendum, si institutio esset ex die, quo ipse hæres moreretur, vt si testator diceret, *Instituo Petrum ex die mortis ejus*; talis enim institutio non est conditionalis, sed pura, & valet tanquam simpliciter facta, quia tempus mortis Petri certò euenturum est, neque vlla ibi miscetur conditio; & consequenter habetur tale tempus pro non adjecto, juxta primam conclusionem, atque ita in specie cum Bartholo, Alberico, Baldo, & aliis docet Anton. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 2. num. 11. per l. Extraneum, 1. Cod. de Hæred. instit. & per l. Hæres meus, in princ. ff. de Condit. & demonstr.*

282 Colliges similiter, siquis instituatur hæres, cùm ad certam peruenerit ætatem, vt cùm fuerit quatuordecim annorum, talem institutionem esse conditionalem, & consequenter euanescere, si institutus ad eam ætatem non perueniat, vt bene Pichard. *in d §. Hæres, num. 18. Inst. de Hæred. instit.* per *l. Si cui legetur, §. Hoc legatum, ff. de Leg. 1. & l. Nonputabam, 47. ff. de Condit. & demonstr.* & patet ex dictis, quia tempus illius ætatis est incertum respectu illius instituti, cùm incertum sit, an ad eam ætatem perueniet: tempus autem incertum conditionem in testamento facit, *l. Dies, 74. ff. de Condit. & demonstr.* Vnde quæ hìc dicimus circa institutionem ex die incerto, locum generaliter habent in omnibus vltimis voluntatibus: omnes enim adjectione temporis ex die incerto conditionales fiunt, vt per leges proximè allegatas tenet communis omnium sententia, quam nos etiam tradidimus *in tract. de Contractibus in genere, disp. 4. sect. 4. aßert. 1.*

283 Aliqui verò sunt casus, in quibus hæc generalis resolutio fallit. Primò enim fallit, quando dictum tempus adjicitur in fauorem honorati, vt si alicui legetur pecunia in tempus, quo nupserit, vel cùm fuerit viginti quinque annorum, eoquòd timeatur, ne ante tale tempus eam inutiliter insumat. Ejusmodi enim dispositio non censetur conditionalis, sed solùm in diem. Quamobrem licèt legatarius moriatur ante aduentum illius temporis, non perit legatum, sed ad ejus hæredes transmittitur. Sic cum Bartholo, & communi DD. Anton. Gomez *tom. 1. Variar. c. 5. num. 26. limit. 2.* & Molin. *disp. 205. numer. 6.* per *l. Seius Saturninus, ff. Ad Trebel.* & argum. *l. Si ita relictum, §. Pagasius, ff. de Leg. 2.* cum alijs.

284 Secundò fallit, quando illud tempus adjicitur executioni dispositionis, non verò ipsi dispositioni, vt quando post dispositionem puram additur, vt res præstetur tali tempore, v.g. quando honoratus ad vigesimum quintum annum peruenerit, *l. His verbis, ff. Quando dies legati cedat*, Barth. Bald. & alij apud Anton. Gomez *supra.*

285 Tertiò fallit in legato libertatis. Si enim seruo legetur libertas, quando hæres fuerit

rit triginta annorum, talis seruus libertatem consequitur, etiamsi hæres ad eam ætatem non perueniat; quia fauore libertatis receptum est, vt tale legatum sit in diem quo ætas hæredis compleretur, si ante illam non decederet. Sic habetur *in l. Si ita scriptum*, 16. *ff. de Manumiss. testament.* notatque Molin. *disp.* 189. *num.* 9. & idem est, licèt in testamento apponeretur dictio cōditionalis, *Si*, vt *Si meus hæres vigesimum annum compleuerit, talis seruus liber esto.* Ita idem Molin. *num.* 5. per *l. Si seruus*, 19. *ff. de Statu liberis.*

286 Quartò denique fallit, quando in legatis & fideicommissis adjicitur tempus, quo hæres grauatus fuerit certæ ætatis, vt v.g. cùm peruenerit ad vigesimum quintum annum; tunc enim non efficit tale fideicommissum conditionale, sed solùm in diem, & consequenter non perit fideicommissum mortuo hærede ante illud tempus; imo nec si ipse fideicommissarius ante eum diem moriatur, sed transmittitur ad ejus hæredes, vt docent Barthol. *in d. l. Si cui legetur*, 51. §. *Hoc autem ff. de Legat.* 1. Bald. Angel. & Paul. Castr. *ibidem* Anton. Gomez *supra limit.* 3. Molin. *d. disp.* 189. *fine*, & alij per celebrem text. *in l. Libertis*, *a secunda*, §. *Ab hæredibus*, *ff. de Aliment. & cibar. legat.* Rationem satis acutam assignat Bartholus *supra*, quia testator non censetur diligere magis hæredem sui hæredis, quam ipsum hæredem à se immediatè institutum, *l. Publius*, §. 1. *ff. de Condit. & demonstr.* Vnde quando testator grauat suum immediatum hæredem, vt quādo peruenerit ad vigesimum quintum annum aliquid soluat, vel restituat, multò magis censeri debet, quòd vult vt hæredes sui hæredis immediati maneant obligati ad tale legatum soluendum tempore assignato, si immediatus hæres ad illud non perueniat, & consequenter intelligitur, testatorem noluisse vt legatum esset conditionale, sed solùm in diem.

287 Non desunt autem, qui hanc vltimam limitationem satis probabiliter rejiciant: contrarium enim sentit Peregrin. *de Fideicom. art.* 31. *num.* 26. *fine*, post alios, quos retuli loco supra citato de Contractibus in genere, vbi pro eorum sententia adduxi satis efficax argumentum ex *l. Fideicommissaria libertas*, *a primeira*, *ff. de Fideicommissar. libert.* Ad quod ibi etiam vtcumque respondi ex Bartholo, Antonio Gomez, & Molina *locis supra citatis*, qui vt difficultatem soluant, dicunt, hanc quartam limitationem procedere, quando tempus ætatis adjectum ex parte hæredis grauati significatur per dictionem, *Cùm*, vt, *Cum fuerit talis, vel talis ætatis*: secus autem, si significetur per dictionem, *Post*: vt si testator dicat: *Lego Petro centum post vigesimum quintum annum ætatis mei hæredis, vel postquam meus hæres fuerit viginti quinque annorum.*

Tertia conclusio: institutio hæredis 288
non potest fieri vsque ad certum tempus, vt v.g. vsque ad Kalendas Januarij: si tamen ita concipiatur, valet tanquam simpliciter facta, & tempus habetur pro non adjecto: sic statuitur in *d. l. Hæreditas ex die*, 34. *ff. de Hæred. instit.* & expressiùs *in d. §. Hæres*, *Inst. eod tit.* estque communis omnium sententia. Ratio est, tum quia alioqui posset quis decedere partim testatus, & partim intestatus, quod jus non admittit, vt *num.* 279. vidimus: tum etiam, quia sequeretur, posse eum, qui semel hæres extitit, desinere esse hæredem; quod etiam juri repugnat, vt constat *ex l. Ait prætor*, 7. §. *Sed & si*, *ff. de Minor. & ex l. Ei qui soluendo*, 88. *ff. de Hæred. instit. & §. Restituta*, *Inst. de Fideicommissar. hæreditatibus.* Ex qua duplici ratione notat optimè Pichardus *in d. §. Hæres*, *num.* 21. *Inst. de Hæred. instit.* hanc tertiam conclusionem procedere, etiam quando institutio fieret vsque ad tempus incertum; quia in hoc etiam casu, si tempus non rejiceretur, sequeretur quòd adueniente die, testator maneret in posterum intestatus, & qui jam extiterat hæres, hæres esse desineret. Non procedit autem præsens conclusio in milite, qui, vt jam *num.* 279. diximus tam ex die, quàm vsque ad diem potest hæ-

hæredem instituere ex speciali priuilegio, per *l. In fraudem*, 16. §. 1. *& per l. Miles ita*, 42 *ff. de Milit. testam.*

289 Circa prædictam vero conclusionem nonnullæ dubitationes à DD. excitantur. Prima dubitatio est, si testator dicat se instituere Titium vsque ad tale tempus, & quòd vlteriùs non possit esse hæres, an talis dispositio valeat? Prima sententia est, ejusmodi institutionem omnino vitiari, & successionem deuolui ad hæredes ab intestato; eoquod repugnantiam contineat esse institutionem ad tempus, cùm institutio suapte natura sit perpetua. Ita expressè Barthol. *in d. l. Hæreditas ex die, quæst. vlt. ff. de Hæred. instit.* Secunda sententia tenet oppositum, quòd taliter institutus vniuersaliter, & perpetuò sit hæres, illaque institutio habetur tanquam simpliciter facta, non obstante contraria voluntate defuncti circa limitationem temporis; quia tanquam impossibilis de jure rejicienda est, argum. text. *in l. 1. & l Conditiones, ff. de Condit. institution & in l 3. ff. de Condit. & demonstr. & §. Impossibilis, Inst. de Hæred. instit* cum similibus. Hanc sententiam tenet Baldus *in d l. Hæreditas ex die, col. pen.* Angel. *ibidem*, Salicet. Alex. & alij quos citat, & sequitur Ant. Gomez *tom. 1. Variar cap. 2. num.* 10. Addit tamen idem Ant. Gomez cum quibusdam alijs, quòd in hoc casu tenetur hæres post illud tempus hæreditatem restituere cohæredi, si illum habet; si cohęredem non habet, teneri restituere venientibus ab intestatò, in quorum fauorem illa clausula prohibitiua apposita censetur. Quæ additio ex resolutione sequentis dubitationis à fortiori constabit.

290 Secunda dubitatio est, si testator instituit hæredem in omnibus suis bonis; donec ipse institutus vixerit, vel vsq; ad aliud certum tempus, nullo alio hærede post illud tempus instituto, an talis hæres teneatur finito eo tempore restituere hæreditatem hæredibus ab intestato venientibus? Negant aliqui, quos tacito nomine refert Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt.* 141. *num.* 5. idemque videntur sentire DD. in præcedenti dubitatione pro secunda sententia allegati, saltem quando à testatore nō fuit adhibita clausula, quòd ille institutus non possit esse hęres vltra præfinitum tempus. Quæ quidem sententia non leue habet fundamentum, cùm leges simpliciter habeant pro non scripta illam temporis limitationem institutioni adjectam.

Nihilominus quòd talis hæres intelligatur post illud tempus grauatus onere fideicommissi, seu restitutionis respectu hæredum ab intestato, tenent Paul. Castr. *cons.* 241. *colum.* 2. *volum.* 2. *& in l Certi juris, in fin. Cod. de Testament. militis.* Angel. *cons.* 150. *fine*, Decius *cons.* 278. *colum.* 1. *vers. Sed iste intellectus*, & plures alij quos citant, & sequuntur Mantic. *lib.* 4. *de Conject. vlt. volunt. tit.* 4. *num.* 12. & Menoch. *d. præsumpt.* 141. *num.* 5. vbi in fine addit, hoc intelligendum esse, quamuis testator dictam clausulam prohibitiuam non adjecerit, licèt contrarium voluerit Corneus, & Durans quos ibidem refert. Et hęc videtur esse communis sententia, cujus fundamentum est, quia ex probabili conjectura ea intelligitur fuisse mens testatoris, eo ipso quòd hæredem instituit cum dicta restrictione temporis. Eandem sententiam tenet Molin. *disp.* 156. *num.* 2. dummodo solùm procedat, quando testator ita disposuisset ex inuincibili juris ignorantia, intendendo vt hæres ab intestato pro reliquo tempore potiretur bonis suis: additque illam ignorantiam regulariter pręsumendam esse de quocumque in jure minimè versato, debereque in tali casu restitui hæreditatem, quartâ Trebellianieâ non detractâ. Censeo tamen has Molinæ limitationes, non esse facilè admittendas, cùm non tantùm aliorum Doctorum placitis, verùm ipsis etiam juris principijs non satis cohæreant: sed in hoc nunc immorari operæ pretium non judico. 291

Tertia dubitatio est, quid dicendum, si testator instituit Titium in omnibus suis bonis vsque ad decennium, vel donec ipse Titius vixerit, & post illud tempus instituit Scium? Tres hac in re sunt opinio- 292

iuones. Prima tenet, vtriusque institutionem valere ut directam, non aliter quàm siquis duos hæredes institueret, vnum in quinto bonorum, & alium in reliquo. Quam sententiam satis probabilem judicat Molin. *d.disp. 156. num. 17.* siquidem in tali casu testator decedit integrè testatus tam quoad bona, quàm quoad tempus. Nihilominus hæc sententia communiter rejicitur ex illo juris principio, quòd in institutione ad tempus detrahitur mentio temporis, vt ex prædicta tertia conclusione constat. Et licèt in præsenti casu cessèt inconueniẽs, quod testator decederet ex parte testatus, & ex parte intestatus, attamen non cessat, quòd sequeretur, cum qui semel hæres extitit, desinere esse hæredem, contra jura pro eadem tertia conclusione allegata.

293 Secunda opinio est, vtrumque hæredem censeri purè institutum, subductâ de medio temporis adjectione, & consequenter vnumquemque ex eis succedere in dimidia parte hæreditatis. Sic Barth. *in d.l. Hæreditas ex die, 34. colum. 2. numer. 4. ff. de Hæred. instit.* Salicet. *in l. Extraneum, a primeira, Cod. eod. tit. col. 2. num. 5.* Alex. *ibid. col. 3. num. 4.* & Faber *in §. Hæres, col 2. num. 2. Inst. de Hæred. instit.* At hæc etiam opinio meritò ab alijs rejicitur, quia quòd ambo ex æquo efficiantur hæredes, est apertè contra mẽtem defuncti.

294 Tertia igitur, & communior opinio est, quòd primus hæres institutus quoad tempus sit vniuersaliter, & perpetuò hæres, detractâ temporis mentione, at cum onere fideicommissi, vt post illud tempus restituat hæreditatem secundò. Ita Bald. *in d. l. Extraneum, a primeira, Cod. de de Hæred. instit. num 2* Joannes de Imola *in d. l. Hæreditas ex die, col. 5. in princ. ff. de Hæred. instit.* Paul. Castr. *in d. l. Certi juris, ff. de Testament. milit.* & plures alij quos citant, & sequuntur Ant. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 2. num. 9.* Gregor. Lopez *l. 15. tit. 3. Partit. 3.* & Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 141. numer. 48.* Probatur, quia in hac opinione meliùs conseruatur voluntas defuncti, cujus gratiâ quando verba directa ab eo prolata propter juris repugnantiam conseruari non possunt in sensu directo, obliquantur, & conseruantur in obliquo, vt in *l. Ex facto, 17. in princip. & l. Scæuola, 76. ff. Ad Trebel.* & notatur in *l. Verbis ciuilibus, 7. ff. de Vulgari.*

Hanc tertiam sententiam videtur etiam magis probare Molina *d. disp. 156 numer. 7.* Addit autem, si ea sic intelligatur, vt Trebellianica detrahenda non sit, fere incidere in primam opinionem. Attamen juxta eam, si posterior hæres è vita decedat ante elapsum tempus, post quod institutus est, videri cessare in priore hærede onus restitutionis; quòd posterioris institutio videatur tacitam habere conditionem nisi prius è vita decedat. Quod quidem solùm admittit dubitationem, quando primus fuit institutus ad decennium, vel simile tempus certum; in quo casu loquitur Molina; si enim loquamur in casu, quo primus fuit institutus, donec vixerit, & secundus post ejus mortem, quod tempus est incertum, tunc non mericulosè, nec per verbum, *Videri*, quod subdubitationem indicat tradi debuit, vtpote quod certissimum, ac prorsus indubitatum est, stando in dicta tertia sententia: in qua etiam locum habere deductionem Trebellianicæ, quando hæreditas restituetur, tradit cũ multis alijs Menoch. *d. præsumpt. 141. num. 28.* 295

Quarta dubitatio est, an valeat similiter institutio, qua quis vxorem, vel alium extraneum reliquit hæredem donec vixerit, & post ejus mortem instituit proprium filium? Nonnulli apud Menoch. *d. præsumpt. 141. num. 23.* existimarunt tale testamentum quoad primam institutionem fuisse nullum ob præteritionem filij, qui cùm non fuerit vocatus, nisi post mortem prioris instituti, censetur illi substitutus, atque adeò præteritus in primo gradu; quo fit, vt non valeat illa prima institutio, & testamentum incipiat à substitutione, juxta *l. Si filius substituatur, 75. ff. de Hæred instit.* & *l. Ex facto, 45. §. Lucius Titius, ff. de Vulgari.* 296

Di-

Dicendum nihilominus est tale testamentum valere etiam quoad primam in-
297 stitutionem; quia filius in proposito casu fuit institutus in diem, atque adeo sub conditione, nimirum post mortem prioris instituti, si tunc in viuis esset: conditio autem adiecta institutioni filij rejicitur quoad legitimam filio debitam, & sic ille filius censetur purè institutus in legitima, ac proinde non potest dici præteritus, nec testamentum nullum ob vitium præteritionis, sed simpliciter validum, etiam quoad primam institutionem. Sic Bald. *consil.* 84. *fine*, *lib.* 4. Paulus Picus *in l. Titia*, *§. Titia*, *num.* 103. *fine*, *vers. Aliquando*, *& tertio*, *ff. de Leg.* 2. Riminaldus, & alij quos citat, & sequitur Menochius *d. præsumpt.* 141. *num.* 8. *&* 23. & constat satis ex dictis *sect.* 8 *num.* 139. vbi notauimus, quòd hodie per *l. Quoniam in prioribus*, 32. *& l. Scimus*, 36. *§. Cùm autem*, *Cod. de Inoffic. testam.* rejicitur omnis conditio grauans filium in legitima, reuocata dispositione juris antiqui, quo cautum erat, vt non valeret testamentum quo filius esset à patre institutus sub conditione non Potestatiua. Vnde in proposito casu extraneus institutus, donec vixerit, detracta mentione temporis, fit hæres purè in omnibus bonis defuncti, exceptâ legitimâ filio debitâ, & manet grauatus onere fideicommissi, vt ea post mortem suam restituat eidem filio. Ita Menochius *supra*, *num.* 9. & alij DD. citati, constatque ex dictis, ad præcedentem dubitationem.

SECTIO XI.

De institutione in re certa.

SUMMARIUM.

Institutio in re certa de jure admittitur: & in ea duo casus principales distinguuntur; alter quando sic instituto non datur cohæres vniuersalis: alter quando talis cohæres datur; n. 298.

Quando vnus, vel plures sunt instituti in re certa, non dato cohærede vniuersali, talis institutio trahitur ad vniuersam hæreditatem, detracta mētione rei certæ, num. 299.

Quando duo sunt instituti in rebus certis inæqualis valoris, quilibet capit rem sibi assignatam jure prælegati. Et si fortè vrgeat æs alienum, non plus soluit, qui in re maioris valoris institutus est, sed quilibet soluit pro dimidia parte, quemadmodum pro dimidia est hæres. Et quid si solutis debitis res illæ certæ exhauriant totum residuum hæreditatis, vel illud valde minuant? num. 300.

Quando plures sunt inæqualiter instituti in quotis hæreditatis, si aliqua ejus pars vacat, accrescit illis pro rata portionum, in quibus sunt instituti: quando autem essent inæqualiter instituti in partibus rei certæ, non accrescit illis cætera hæreditas pro rata talium partium, sed pro partibus æqualibus, nisi testatoris voluntas manifestè refragetur; num. 301.

Quando aliquis est institutus in re certa, & habet cohæredem vniuersaliter, vel in quota hæreditatis institutum, habetur loco legatarij, & solùm capit rem sibi assignatam; num. 302. *Valde tamen à proprijs legatarijs differt: & assignantur differentiæ; numer.* 303. *& seq.*

Institutus in re certa, licèt habeat cohæredem vniuersalem, potest illam capere propria auctoritate: quod secus est in legatario, d. num. 303.

Testator potest dare licentiam legatario, vt capiat rem legatam propria auctoritate, ibid.

Si filio relinquatur res certa titulo institutionis, id sufficiet ad excludendam querelam inofficiosi, & jus dicendi testamentum nullum ex causa præteritionis: secus autem si solùm ei relinquetur legatum, quanuis magnum; num. 304.

Institutus in re certa habens cohæredem vniuersalem conuenit in aliquibus cū legatario; num. 305.

Institutio in re certa neque est simpliciter institutio, neque simpliciter legatum, sed tertia quædam species participans de natura vtriusque; ibid.

Per testamentum, in quo solùm est institutus hæres in re certa, rumpitur prius testamentum, in quo est institutus hæres vniuersalis, & econtra; num. 306.

Quando vnus est institutus in re certa, & alius vniuersaliter, vel in quota hæreditatis, si is hæreditatem repudiet, vel alia ratione excludatur, institutus in re certa capit totam hæreditatem: & si sint plures in re certa instituti, succedunt in totam hæreditatem pro partibus æqualibus, & capiunt jure prælegati res certas, quæ ipsis assignatæ sunt; num. 307.

298 QUanuis institutio propriè dicta solùm fit in re vniuersali, idest, in hæreditate, quæ est jus vniuersale, seu in vniuersum, vt *sect.* 1. *hujus disput.* declaratum est, attamen etiam datur, & admittitur de jure institutio in re certa, vt eâdem *sect.* 1. *numer.* 8. notatum est, & constat per *l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit. & l. Quoties,* 13. *Cod. eod. tit. cum concord.* De hac igitur nobis in præsenti agendum: & ante omnia duo in ea distinguendi sunt casus principales. Primus est, quando vnus, vel plures in re certa instituuntur, nullo alio dato cohærede vniuersali, vel in quota hæreditatis. Secundus est, quando vno, vel pluribus in re certa institutis, additur aliquis vniuersaliter, vel in quota hæreditatis institutus, vt si testator dicat, *Instituo mihi Petrum hæredem vniuersalem, vel in tertia parte meæ hæreditatis, & Paulum in tali fundo, vel in meis bonis mobilibus.* His positis.

299 Statuendum est primò: quando aliquis est institutus in re certa, non dato cohærede vniuersali, vel in quota hæreditatis, talis institutio trahitur ad vniuersam hæreditatem, detracta mentione rei certæ, vt si tantùm instituas Petrum hæredem ex fundo, manet Petrus hæres vniuersalis, perinde acsi solùm dixisses, *Institno Petrum hæredem.* Ita habetur *in d. l.* 1. *§. Si ex fundo,* vbi omnes, *ff. de Hæred. instit.* Ratio est, quia alioqui testator decederet pro parte testatus, & pro parte intestatus, quod jus non admittit, *l. Ius nostrum, ff. de Regul. jur.* Idem est quando plures in re, vel rebus certis instituti sunt, non dato cohærede vniuersaliter, vel in quota hæreditatis instituto. Nam tunc, dato cohærede, etiam institutio ad vniuersum trahitur ob candem rationem, & hæreditas æqualiter inter eos diuiditur, vt constat *in l. Quoties, §. Si duo sunt, & l. Ex facto,* 2. *ff. de Hæred. instit.*

Est autem aduertendum, quòd quando plures sunt inæqualiter instituti in rebus certis, vt quando v. g. vnus fuit institutus ex fundo Corneliano, qui valet mille aureos, & alter ex Liboniano, qui valet quingentos, quilibet capit rem sibi assignatam jure prælegati, seu vt sibi prælegatam: vnde cùm aliàs tota hæreditas æqualiter ad eos pertineat, fit vt si vrgeat æs alienum, non plus soluat, qui in re plus valente institutus est, sed vt quilibet debeat illud sustinere pro dimidia, sicut pro dimidia est heres: & si fortè solutis debitis totum residuum hæreditatis adeo sit exiguum, vt illæ res certæ, ex quibus facta est institutio, & jure prælegati percipiuntur, illud exhauriant, vel ita minuant, vt non supersit quarta pars libera ipsis heredibus, locum habet in talibus prælegatis Falcidia. Prout hæc omnia traduntur *in d. l. Ex facto,* 2. & optimè explicantur à Glossa ordinaria, & aliis DD. *ibidem.* 300

Notandum prætcrea, quòd licèt quando plures inæqualiter sunt instituti in quotis hæreditatis, si aliqua ejus pars vacat, illis accrescit, & diuidenda est inter eos pro rata portionum, in quibus sunt instituti, vt habetur *in l. Interdum,* 13. *§.* 1. *vers. Sed & si alter, ff. de Hæred. instit. l. Quanquam,* 3. *Cod. de Testament. milit. & §. Cùm debeamus, inst. de hæred. instit. cum simil.* attamen si plures instituti sunt inæqualiter in re certa secundùm diuersas portiones, vt v. g. vnus in tertia parte fundi, & alter in reliquo, non accrescit illis reliqua hæreditas pro rata talium portionum, sed pro partibus 301

tibus æqualibus non inspecta diuersitate portionum, in quibus sunt instituti. Ita sumitur *ex d. l. Quoties*; *§. Si duo, & l. Si alterius, ff. de Hæred. instit.* alijsque iuribus, & tradunt Angel. *in d. l.* 1. *§. Si ex fundo*, Joan. de Imola, *ibid. colum.* 9. *prope finem, ff. de Hæred. instit.* & Ant. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 10. *num.* 14. Ratio patet, quia tam ipsa res certa, quàm quota illius, cùm etiam res certa sit, detrahitur ipso iure ab institutione, & illi hæredes censentur instituti, quasi sine partibus, atque adeo æqualiter, non obstante quòd portiones ipsis assignatæ sint inæquales, quia non iure institutionis, sed prælegati eas capiunt vt constat *ex d. l. Ex facto*, 2. *ff. de Hæred. instit.* & notat etiam Glossa ordinaria *in d. l. Si alterius, ff. eod.* Prædicta verò intellige, nisi voluntas testatoris manifestissimè refragetur, vt dicitur *in d. §. Si duo*; idest, nisi constet, testatorem voluisse, vt hæreditas diuideretur inter institutos iuxta proportionem, & inæqualitatem ipsarum rerum certarum, quas illis assignauit, vt declarat Anton. Gomez *d. cap.* 10 *sub num.* 11. *vers. Tamen quod prima opinio*, & Mol. *disp.* 155. *numer.* 11. *fine.*

302 Statuendum secundo: quando aliquis est institutus in re certa, & habet cohæredem vniuersaliter, vel in quota hæreditatis institutum, habetur loco legatarij, & solùm capit rem sibi assignatam. Sic habetur *in d. l. Quoties*, 13. *Cod. de Hæred. instit.* & bene declarat Joannes de Imola *in d. §. Si ex fundo, colum.* 8. *vers. Quid autem si est institutus*, vbi speciatim per *d. l.* tradit, quòd si vnus est institutus in re certa, & alter in dimidia parte hæreditatis, nullo alio in reliqua instituto, tunc institutus in re certa nihil amplius habebit; sed totum quod superest, accrescit instituto in quota, quia portio portioni accedit, & non rei, *l. Si tota, ff. de Acquirend. hæred. & l. Si ex pluribus, ff. de Suis, & legitimis hæredibus.*

303 Notandum est autem diligenter, quòd licèt institutus in re certa loco legatarij habeatur in casu proposito: attamen valde à proprijs legatarijs differt. Nam proprius legatarius non potest rem capere propria auctoritate, & si capiat, incidit in pœnam amissionis, *l. Non est dubium, Cod. de Legat.* at vero institutus in re certa potest licitè, & iustè eam capere propria authoritate, vt docet Barthol. *in dict. l. Ex facto*, 2. *numer.* 2. *ff. de Hæredib. instit.* Joannes de Imola *in d. l.* 1. *§. Si ex fundo, colum.* 4. *in fine, & colum.* 9. *in princip.* vbi refellit Bald. contrarium tenentem, & alij quos citat, & sequitur Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 10. *numer.* 15. Ratio est, quia testator potest dare legatario licentiam capiendi rem propria authoritate *l. Titia cum testamento, §.* 1. *ff. de Legat.* 2. Eo autem ipso quòd ad rem certam aliquem vocat titulo institutionis, seu per verbum directum, censetur ei dare licentiam, vt talem rem capiat quasi de manu ipsius testatoris, & consequenter quòd non oporteat eam accipere de manu hæredis vniuersalis.

Præterea licèt per legatum filio relictum, quantumuis magnum, non excludatur querela inofficiosi, nec jus dicendi testamentum nullum ob vitium præteritionis; attamen si filio relinquatur res certa titulo institutionis, id sufficit ad excludendam eam querelam, & jus dicendi testamentum nullum, vt constat *ex §. Aliud quoque capitulum, & §. Hæc autem, vers. Cæterùm, Auth. Vt cum de appellatione cognoscitur*, & notat Glossa *in l. Si quis priori*, 29. *verbo, Ex certis, ff. Ad Trebellian.* Barthol. *in dict. l. Ex facto*, 2. *sub numer.* 1. *ff. de Hæred. institut.* Imola *in dict. §. Si ex fundo, colum.* 7. *post princip.* & alij. Denique proprius legatarius non habet jus accrescendi, seu succedendi in hæreditatem, quando hæres vniuersalis illam repudiat, vel aliàs ab illa excluditur, cùm inter hæredem, & legatarium non sit locus juri accrescendi, *l. Eam quam, Cod. de Fideicommiss.* id verò secus accidit in instituto ex re certa, vt ex dicendis *num.* 307. constabit, & communis sententia docet. 304

Côuenit autem institutus in re certa habens 305

bens cohæredem vniuersalem cum legatario in eo, quòd neuter tenetur creditoribus testatoris, & vterque patitur Falcidiam, vt notat Barth. *in d. l. Ex facto*, 2. *ff. de Hæred. instit.* & Joannes de Imola *in d. §. Si ex fundo, col. 5. in princ.* constatque satis ex supradictis. Quamobrem dicunt bene citati Doctores, quòd institutio in re certa, neq; est simpliciter institutio, neque simpliciter legatum, sed tertia quædam species participans de natura vtriusq; & ideo *in d. l. Quoties, C. de Hæred. instit.* non dicitur simpliciter, quòd institutus in re certa, existente cohærede vniuersali, est legatarius, sed quòd habetur loco legatarij.

306 Illud etiam hìc notandum, quòd vt institutus in re certa habeatur loco legatarij, & non admittatur ad totum propter institutum vniuersaliter, opus est vt alter sit institutus hæres vniuersalis in eodem testamento. Nam si sit institutus in aliquo priore testamento, tale testamentum prius rumpetur per posterius in quo particularis hæres fuerit institutus, & is ad totam hæreditatem admittetur, vt cum Angelo tradit bene Joan. de Imola *in d. l. 1. §. Si ex fundo, lectura, 2. paulo post princ. de Hæred. instit.* per tex. *in l. Siquis priore, ff. Ad Trebel. & in §. 1. Instit. Quibus mod. testam infirm.* juncta dispositione juris *in d. §. Si ex fundo.* Vnde etiam econtra, si institutio in re certa facta sit in priore testamento, omnino rumpetur per secundum, in quo fuerit institutus hæres vniuersalis, & sic nec vt legatum illa particularis institutio valebit.

307 Statuendum tertiò: quando vnus est institutus in re certa, & alius vniuersaliter, vel in quota hæreditatis, si is hæreditatem repudiet, vel alia ratione ab ea excludatur, institutus in re certa succedit in totam hæreditatem: & si sint plures in re certa instituti, succedunt in totam hæreditatem pro partibus æqualibus, & capiunt jure prælegati rem, aut res certas, quæ ipsis assignatæ sunt. Ita contra nonnullos antiquiores Juristas Barthol. *in l. Quoties, §. Si duo num. 4.* Bald. Paul. Castr. & alij *ibidem, ff. de Hæredib. instit.* Joannes de Imola *in d. l. 1. §. Si ex fundo col. 1. vers. Tertiò fallit, & colum. 2. in fine*, idemque sæpius in sequentibus repetit, Angel. *ibidem colum. 1. ff. eodem.* Salicetus, *in l. Quoties num. 10. Cod. eodem tit.* & alij quos citat, & sequitur Antonius Gomez *tom. 1. Variar. cap. 10. num. 13.* estque communissima DD. sententia. Probatur quia paria sunt cohæredem vniuersalem, vel in quota, non esse datum in testamento, atque esse datum, sed postea deficere, vt constat ex notatis *in l. Si res aliena, §. finali, ff. Ad Trebellianum, & in l. Neque enim, §. finali. ff. de Militari testam. & in l. Siquis sub conditione, ff. de Testamentaria tutela.* Sed institutus in re certa, nullo dato cohærede vniuersali, vel in quota hæreditatis, vocatur ad totam hæreditatem, vt vidimus supra *num.* 299. & patet etiam *ex d. l. Quoties, Cod. de Hæred. instit.* ergo etiam quando ei datus est cohæres vniuersalis, vel in quota, debet censeri vocatus ad totum, si talis cohæres deficiat. Alia fundamenta, & responsiones ad ea, quæ in contrarium objiciuntur, affert Imola *in d. §. Si ex fundo, colum. 1. & 2.* quem vide.

§. 1. Quid, si institutus in re certa, agnita sua particulari institutione, moriatur antequam cohæres vniuersalis repudiasset?

SUMMARIUM.

IN casu proposito, prima sententia est, sufficere illam agnitionem vt testamentum confirmetur, & ipse particulariter institutus jus succedendi in totam hæreditatem ad suos hæredes transmittat; num. 308. *Secunda sententia id negat, & quo fundamento? n.* 309. *& seq. Prima tamen sententia præfertur; num.* 312.

Retentâ prædictâ secundâ sententiâ, neque ipsa institutio particularis conseruabitur in proposita specie, nisi tãtũ in casibus, in quibus legatum conseruatur,

tur, licèt ex testamento non adeatur hæreditas. Si autem d. liber in re instituto vniuersali, decedat institutus in re certa, & postea institutus vniuersalis hæreditatem adeat, illa institutio in re certa conseruatur, sicut conseruãtur legata; num. 311.

Instituto in re certa, cui datus est cohæres vniuersalis, cõpetit propriè jus accrescẽdi in totũ, si cohæres vniuersalis repudiet, vel alias deficiat; numer. 312.

Qua ratione verificetur, aut verificari possit, quòd portio accrescit portioni, & non rei; ibid.

Quod institutus particularis, cui datus est cohæres vniuersalis, vocetur ad totam hæreditatem per tacitam substitutionem Vulgarem, id non tollit quominus ei etiam competat hæreditas per jus accrescendi, deficiente cohærede vniuersali. Quod etiam euenit in instituto in quota hæreditatis, cui datus est cohæres in aliqua quota; num. 313.

308 Grauis autem circa præcedentem resolutionem est quæstio, si institutus in re certa, agnita sua particulari institutione, decedat antequam cohæres vniuersalis repudiasset, vt quia decessit dum cohæres vniuersalis deliberabat, an satis sit, quod antea agnouisset, ad hoc vt testamentum confirmetur, & ipse particulariter institutus jus succedendi in totam hæreditatem ad suos hæredes transmittat? Respondet affirmatiuè Salic. *in d. l. Quoties num. 12. Cod. de Hæred. instit.* & idem aperte sentit Barth. *in d. l. Ex facto, 2. num. §. ff. eod. tit.* Siquidem docet quod quando sunt instituti plures hæredes, & vnus eorum in re certa, si is agnoscat institutionem, pari ratione testamentum confirmatur, atque quando sunt instituti plures hær. des simpliciter, ex quibus si vel vnus institutionem agnoscat, id satis est ad confirmationem totius testamenti, vt per *l. Si nemo, ff. de Testam. tutel. l. Testamento, & l. Ita liberi, ff. de Manumiss. testam.* certum est autem, quod si vnus ex talibus hæredibus simpliciter agnita institutione moriatur, & alij postea repudient, nihil [illegible] illis [illegible] obstat quominus [illegible] con- firmetur, & [illegible] hæreditas per jus accrescendi, quod illi competebat, ad ejus hæredes transmittatur, vt constat *ex l. Si ex pluribus. 9. ff. de Suis, & legit. hæred.* & [illegible] videtur [illegible] fundamentũ procedit [illegible], quod in hunc modum proponi potest; quia instituto in re certa habenti cohæredem vniuersalem competit jus accrescendi in totam hæreditatem, si cohæres repudiet, vel alia ratione excludatur, vt ex dictis constat; ut autem tale jus competat, si agnita sua institutione, vel [illegible] decedat, antequam cohæres repudiet, vel [illegible] à successione excludatur, illud transmittit ad suos hæredes, vt per *d. l. Si ex pluribus, ff. de Suis, & legit. hæred.* Quod etiam probat text. *in l. Qui patri, 59. ff. de Acquir. hæred.* vbi habetur, quod jus [illegible] competens instituto partiali transmittitur ad hæredes.

Contrariam [illegible] sententiam tenet Joannes de Imola *in d. l. 1. § [illegible], col. 8. ff. de Hæred. instit.* & eandem videtur tenere Angel. *ibid.* prout illum explicat idem Imola [illegible]. Pro fundamento, & declaratione [illegible] aduertit præ[illegible] Doctor, quod [illegible] institutus ex re certa succedat in totam hæreditatem, repudiante cohærede vniuersali, id non prouenit ex eo quod illi competat proprium jus accrescendi, seu propria accretio; quia hæreditas accrescit portioni, & non rei, *l. Si totam, ff. de Acquir. hæred. l. Si ex pluribus, ff. de Suis, & legit. hæred.* sed ex eo, quod illi in tali casu defertur hæreditas ex tacita voluntate defuncti, quæ colligitur ex titulo institutionis, quo illum honorauit, quemadmodum docet Salic. *in d. l. Quoties, n. 10 C. de Hæred. instit.* quem in hoc sequitur Imola *d. col. 7. in fin.* vbi tamen addit, fortè dici posse, quod illa delatio hæreditatis principaliter & per prius est ex dispositione legis, quæ voluit vt institutio ex re certa trahatur ad vniuersum, ne alias quis reperiatur decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus.

Hoc posito probat Imola suã sententiã; 310

quod scilicet, quanuis institutus ex re certa, dum vniuersaliter institutus deliberat, suam agnoscat institutionem, non per hoc confirmatur testamentum, & consequenter si interim decedat, quod non transmittet jus succedendi in totum, quia hujusmodi particulari instituto non defertur successio vniuersalis, nisi per modum substitutionis Vulgaris, idest, pro casu incerto, quo vniuersaliter institutus repudiet, vel alias à successione excludatur: vnde solùm conditionaliter intelligitur illi deferri hæreditas, si nimirum institutus vniuersalis repudiet: quando autem hæreditas alicui datur sub conditione, nō censetur illi data, nisi post conditionem impletam, neque acquiritur nisi ab eo post impletam conditionem agnoscatur, vt patet *ex l. Ei qui ita hæreditatem, cum ibi not. ff. de Condit instit.* Igitur cùm in præsenti casu institutus in re certa mortuus fuerit ante impletam conditionem, sub qua ei delata fuit hæreditas, perinde se habet ac si hæreditas ei delata non fuisset, & consequenter quod suam particularem institutionem antea agnouisset, testamentum non confirmat, neque prodesse potest ad acquisitionem, vel trausmissionem hæreditatis.

311 Hac sententia admissa, dicendum consequenter videtur, si institutus ex re certa moriatur dum iustitutus vniuersalis deliberat, quod repudiante postea vniuersali instituto, neque ipsa institutio ex re certa conseruabitur quantumuis fuerit agnita, nisi tantùm in casibus in quibus legatum conseruatur, licet ex testamento non adeatur hæreditas, quorū meminit Glos. *in l. Eam quam, verb. Traditur, C. de Fideic.* quia cum per agnitionem illius particularis institutionis antea factam non sit confirmatum testamentum, juxta hanc sententiam, necesse est eam corruere, sicut corruunt legata, quando testamentum aditione hæreditatis non confirmatur, seu quando hæres scriptus hæreditatem repudiat, vel aliàs deficit: siquidem institutio ex re certa, quando simul interuenit institutio vniuersalis, habet vicem legati, vt per *d. l. Quoties*, 13. *Cod. de Hæred. instit.* Ita sentit Angel. *in d. §. Si ex fundo*, prout illum explicat Imol. *ibid col.* 7. & sequitur *col.* 8 *ante med.* Si autem deliberante instituto vniuersali decedat institutus ex re certa, & postea institutus vniuersalis adeat, tunc retentâ etiam prædictâ sententiâ, illa institutio ex re certa conseruatur, & ipsa res jure transmissionis deuenit ad hæredes illius particularis instituti, siue is agnouisset suam particularem institutionem, siue non; quia etiam legatum, decedente legatario ante hæreditatem ex testamento aditam, conseruatur, & ad hæredes legatarij transmittitur, hærede scripto adeunte, *l. vnica, §. Cùm igitur; & §. In nouissimo, Cod. de Caduc. tollendis:*

Cæterùm prior sententia, quod scilicet in casu proposito per illam præuiam 312 agnitionem particularis institutionis testamentum fuerit confirmatum, & jus succedendi in tota hæreditate transmissum ad hæredes particularis instituti, mihi videtur longè probabilior ex fundamento pro illa adducto. Nam quod in contrarium pro sua opinione affert Imola, scilicet, instituto in re certa non competere proprium jus accrescendi in totum, deficiente instituto vniuersali, sed solùm ei deferri hæreditatem sub conditione, si institutus vniuersalis deficiat, præterquā quòd abhorreat à communi loquendi modo, vt ipse Imola fatetur, siquidem communiter DD. asserunt, quod deficiente instituto vniuersali, tota hæreditas accrescit instituto particulari: ex eo insuper displicet, quia tota ratio ob quam institutus ex re certa succedit in totam hæreditatem, quando institutus vniuersalis deficit, est ne admittatur, testatorem decessisse ex parte testatum, & ex parte intestatum, vt pasim DD affirmant, & satis ex supradictis constat. Jus autem succedendi in totum, quod propter hanc rationem competit partialiter institutis, est ipsum jus accrescendi hæreditarium, quod leges, & omnes DD. in quolibet partiali hærede admittunt: nec apparet sufficiens fundamentum ad [illegible]tandum, vt non habeat locum in partiali hærede

rede institutio ex re certa. Nam leges, quas Imola adducit ad hanc limitationẽ probandam, licet probent, quod portio hæreditatis accrescit portioni, & non personæ, attamen non excludunt, quod etiam detur accretio respectu rei, in qua quis institutus sit, deficiente quouis alio cohærede vniuersali: imo vero id innuitur in d. l. Si totam, vbi habetur, quod quando hæres partiarius amissurus est suam portionem, non debet ei accrescere alia portio, quia censetur non habere rem, in qua institutus est. Verba text. sunt, ibi *Nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere*: vbi licèt nomine, *rei*, intelligatur portio hæreditatis, est tantùm materialiter, seu juxta subjectam materiam, & non negatur, imo potiùs supponitur, idem dicendum esse respectu rei certæ, ex qua quis fuerit institutus, quando defecerit hæres in reliqua hæreditate institutus; quia in tali casu eadem est ratio accrescendi ratione institutionis in re certa, atque si esset institutio in portione hæreditatis, cum ratio vtrobique sit, ne decedat testatorem mixtum ex parte testatum, & ex parte intestatum. Et solùm in eo est differentia, quod accretio ratione institutionis in re certa non fit proportionaliter ad ipsam rem; nam si sint instituti duo hæredes in rebus certis inæqualis valoris, non accrescit illis hæreditas juxta proportionem, & inæqualitatem ipsarum rerum, sed pro partibus æqualibus, vt visum est *supra, num.* 301. at vero accretio ratione institutionis in portione, seu quota hæreditatis, fit proportionaliter ad ipsam quotam: quamobrem quando sunt plures instituti in portionibus inæqualibus non exhaurientibus totam hæreditatem, pars residua diuidenda est inter illos pro rata portionum, in quibus sunt instituti, vt etiam d. num. 301. notauimus. Juxta quod discrimen aliquo modo verificatur, quod accretio datur respectu portionis, non verò respectu rei, si nimirum sit sensus, quod datur proportionaliter respectu portionis, non vero respectu rei. Adde in alio etiam sensu id verificari posse, si tantùm intelligas, vt quando concurrit institutus in portione cum instituto in re certa, totum accrescat instituto in portione, non vero instituto in re; qui in tali casu solum habet vicem legatarij, *d. l. Quoties*, 13 *Cod. de Hæred. instit.* Vide Salicet. super hac ipsa lege *num* 19. rectè dixit, quod portio accrescit portioni, & non rei, vbi portionem reperit.

His verò ita constitutis, nihil refert, quod institutus particularis, cui datus est cohæres vniuersalis, vocetur à testatore ad totam hæreditatem per illam tacitam substitutionem Vulgarem, quam Imola considerauit, ac si testator illum vocasset sub expressa conditione, si cohæres vniuersalis repudiet; nam hac eadem ratione institutus in quota hæreditatis vocatur ad reliquam hæreditatem alteri cohæredi relictam, vt nemo difitetur, & tamen id non obstat quominus si talis institutus aperta sua institutione decedat illam cohæreditatem deliberat, totum testamentum sit confirmatum, & cohærede tandem repudiante, ejus etiam pars ad hęredes instituti præmortui transmittatur, vt omnes fatentur, non quidem propter jus substitutionis, quod nullum est antequam códitio impleatur, *l. Toties*, 80. *ff. de Acquir. hæred.* & *l. Si ex plurib.* 9. *ff. de Suis*, & *leg. at. hæred.* sed propter jus accrescendi, quod aliàs interuenit, vt aduertit Glos. *in d. l. Toties, verb. Substitutionis*, & *in d. l. Si ex pluribus verb. Alia causa*, & Mantica *de Conjectur. vlt. vol. lib* 4. *tit.* 10. *num.* 16. reddita ea ratione, quia merum jus accrescendi, cùm cohæreat rei, non perit cum persona sed transmittitur ad hęredem. 313

§. 2. *Vtrum rumpente filio testamentum ex causa præteritionis, conseruetur nihilominus institutio in re certa, si ibi facta sit?*

SUMMARIUM.

IN casu proposito conseruatur illa institutio, quatenus sapit naturam legati,

ti, & corruit quatenus participat de natura vniuersalis institutionis, numer. 314.

Si institutus in re certa decedat ante agnitam suam institutionem, an talis institutio corruat? Respond. cum simili distinctione, num. 315.

Si institutus in re certa erat Suus hæres, vel si erat extraneus decessit intra annii juris deliberãdi, hæreditate nõ repudiata, transmittit illam ad hæredes, licèt non adiuerit, num. 316.

314 QUæri præterea solet: vtrum rumpente filio testamentum patris in quo præteritus, vel sine causa exhæredatus est, conseruetur nihilominus institutio in re certa, si qua in eo testamento facta sit? Ratio dubitandi pro parte negatiua sumitur ex Auth. *Ex causa, C. de Liber. præter.* vbi statuitur, quod tale testamentum non valeat quoad institutiones, cætera verò firma permaneant: vnde videtur quod dicta institutio in re certa debet corruere. Bene tamen respondent Barthol. *in l. Ex facto, 2. num. 4. ff. de Hæredib. instit.* Salic. *in l. Quoties, 13. Cod. eod.* Joan. de Imola *in l. 1. §. Si ex fundo, col. 5. vers. Secundum dubium, ff. eodem,* & alij, illam particularem institutionem conseruari, in quantum sapit naturam legati, & solum corruere secundum id quod participat de natura institutionis vniuersalis, quæ distinctio optimè cohæret cum dispositione dictæ *Auth. Ex causa,* vt patet. Vnde in casu proposito capiet institutus rem, in qua institutus est, non tamen habebit jus accrescendi, cùm hoc non sequatur institutionem ex re certa, nisi quatenus participat de natura vniuersalis institutionis.

315 Simili distinctione resoluitur illa quæstio, vtrum corruat institutio ex re certa, si institutus decedat ante illam agnitam. Ad quam quæstionem respondetur, quatenus ea institutio participat de natura legati non corruere, sed transmitti ad hæredem, exceptis illis casibus, in quibus legatum non transmittitur, de quibus suo loco agendum est: quoad effectus autem quos habet, vt participat de natura propriæ institutionis, omnino perire, nec transmitti, cùm regulare sit, quod instituto decedente ante agnitionem, seu aditionem hæreditatis, totum testamentum, saltem quoad institutionem, corruit, neque hæreditas transmittitur. Ita Barthol. *in d. l. Ex facto, 2. n. 3.* & Joan. de Imola *in d. §. Si ex fundo col. 5. vers. Primum est.* Unde in proposito casu, licèt res certa, ex qua institutio facta est, transmittatur ad hæredes ipsius particularis instituti, non tamen transmittitur hæreditas, neque jus accrescendi, quod est hæreditarium, & non competit ratione institutionis particularis, nisi quatenus participat de institutione vniuersali, vt dictum est.

Hoc verò intellige, nisi institutus in re certa esset Suus hæres, vel si erat extraneus, decessit intra annum juris deliberandi, quia Suus hæres ipso jure acquirit hæreditatem, illamque transmittit, licèt non adierit, si modo eam non repudiauit, dum viueret, *l. Apud hostes, Cod. de Suis. & legitim. hæredib. l. Si fratris, Cod. de Iure deliber.* cum alijs: & similiter extraneus si sciens hæreditatem sibi delatam è vita decedat intra annum, quem habet ad deliberandum hæreditate non adita, neque repudiata, jus suum transmittit *l. Cũ antiquioribus, Cod. de Iure deliber.* quæ juris dispositiones etiam in hærede instituto ex re certa locum habent, vt tradit Salic. *in d. l. Quoties num. 13. Cod. de Hæred. instit.* vbi hanc limitationem approbat quando institutus vniuersalis repudiauit, & postea institutus in re certa nulla facta agnitione decessit, in quo casu idem approbat Imola *in d. §. Si ex fundo col. 7. post med.* & videtur indubitatum. Vtrum verò idem dicendum sit, quando institutus in re certa, nulla factâ agnitione, decessit antequam institutus vniuersalis repudiaret? Negat Imola *loc. citat.* juxta opinionem quam ibidem tradit, quòd instituto in re certa, cui datus est cohæres vniuersalis, non defertur, neque competit jus ad totam hæreditatem, repudiante, vel alias excluso cohærede vniuersali, nisi sit viuus quando cohæres vniuersalis deficit, 316

ficit. Sed hanc opinionem jam superiùs, vt minùs probabilem exclusimus.

§. 3. Quòd institutio in re certa solùm potest fieri per verba ciuilia. Et quid, si quota hæreditatis, vel bonorum per verbum commune relicta sit?

SUMMARIUM.

VT institutio in re certa trahatur ad totum, debet esse facta per verba ciuilia, & non satis est quòd facta sit verbis obliquis, vel communibus; num. 317. & seq.

Si verbum commune adjectum sit vniuersitati bonorum, inducit institutionem vniuersalem. Si autem vni per tale verbum relinquantur omnia bona, & alter instituatur vniuersaliter, solùm inducit fideicommissum vniuersale. Et quid si in tali casu vniuersaliter institutus moriatur ante aditam hæreditatem? num 319.

Quando censeatur verbum commune adjici vniuersitati bonorum? numer. 320. remissiuè.

Vtrum verbum, Relinquo, *adjectum quotæ hæreditatis trahatur ad institutionem? prima sententia negat d. numer. 320. Secunda probabilius affirmat, quando non est institutus alius hæres vniuersalis; num. 321 & seq.*

Quando per verbum commune relinquitur quota bonorum non inducitur institutio: & talis quota censetur res certa; num. 323.

Quota hæreditatis, etiam quando fuerit relicta titulo legati, intelligitur data cum honoribus, & oneribus, itaut tam actiones actiuæ, quàm passiuæ transeant in honoratum pro rata portionis ei relictæ, & potest hæres ab eo cogi adire, & restituere; num. 324.

Plures sunt differentiæ inter legatum quotæ bonorum, & quotæ hæreditatis: in praxi verò pro eodem accipitur hodie quota bonorum, atque quota hæreditatis, si Aluaro Valasco credendum est; ibid.

OMnia prædicta circa institutionem ex re certa procedunt, quando ea institutio est facta verbis ciuilibus, seu directis, vt dicendo: *Instituo Petrum hæredem*, vel, *Petrus sit meus hæres, ex tali fundo*: vel, *Habeat talem fundum titulo institutionis*, & similibus: non autem si facta sit verbis obliquis, aut communibus, tunc enim non trahitur ad totum, nec habet alios effectus juris hæreditarij, sed est propriè, ac simpliciter legatum. Quod quidem manifestum est, quando dispositio est facta verbis obliquis, vt dicendo: *Lego Petro talem fundum*; vel, *Detur, aut constituatur Petro talis fundus*: siquidem hęc sunt proprijssima verba, quibus legata, & fideicommissa relinquuntur. Quòd verò idem sit, quando dispositio fieret verbis communibus, vt dicendo, *Relinquo Petro talem rem*; vel, *Petrus succedat in tali re*; vel, *Habeat talē rem*; tradunt Barth. *in l. Cogi, 16. numer. 3. ff. Ad Trebel.* Salic. *in l. Quoties, 13. in fin. Cod. de Hæred. instit.* Joan. de Imol. *in l. 1. §. Si ex fundo, col. 3. prope finem, & col. 15. post med. & in 2. lect. col. 5. post med. ff. de Hæred. instit.* Anton. Gom. *tom. 1. Variar. cap. 10. num. 12.* Menoch. *de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 20. num. 4.* vbi plures refert. Molin. *disp. 155. num. 6.* & cęteri communiter, qui constanter asserunt, verbum commune, ac speciatim verbum, *Relinquo*, adjectum rei certæ non trahi ad vniuersitatem, seu, vt Barthol. explicat, non trahi ad institutionem directam, vel obliquam: & ad hoc probandum adducunt textum, quem singularem putant *in d. l. Cogi, in princip. vers. Et generaliter, ff. Ad Trebel.* 317

At si verum amamus, hic textus assumptum non probat, quia solùm asserit quòd quando hæres vniuersalis rogatus est restituere rem singularem, non potest per honoratum cogi adire, & restituere hæreditatem, vbi manifestum est solùm decidi casum, quo res legata est per verba obliqua, qualia sunt, quando testator jubet, vel rogat, vt aliquid detur, vel restitua- 318

tuatur: quæ verba quando rei certæ adiiciuntur, certum est non trahi ad vniuersum, & qui per illa honoratur, non effici hæredem, sed merum legatarium. Vnde meritò in illo textu deciditur, non posse à taliter honorato cogi hæredem grauatum, vt adeat hæreditatem, & illam ipsi restituat; cùm hæreditas contineat vniuersitatem. Hinc autem non potest sumi argumentum, vt idem dicendum sit, quãdo verbum commune rei certæ adjicitur, cùm verba communia etiam directæ institutioni aptari possint. Et sic textum illum non probare, & quòd loquatur de verbo obliquo, dixit bene Fusar *de Substitut. q.*241.*num.*25. post Ripam, & DD. quos refert. Solidum igitur fundamentũ traditæ resolutionis, a qua non censeo recedendum, est quod attingit Molina *supra, num.* 10. quia succesio particularis secundùm suam naturam spectata habet rationem legati: vnde nisi tribuatur verbis specialibus, & ciuilibus, quæ propriè, ac determinatè significent institutionem hæredis, solùm censebitur legari, prout suaptè natura postulat, & ita non sufficit quòd tribuatur per verba communia, & indifferentia, ad hoc vt censeatur relinqui titulo institutionis; cùm ea verba juxta naturam ipsius relicti accipienda sint, quando aliud non apparet, à quo determinationem recipiant.

319 Quòd si verbum commune adjiciatur vniuersitati bonorum, vt cùm testator diceret, *Relinquo bona mea Petro*; tunc si non sit alius vniuersaliter institutus, trahetur ad institutionem, & taliter honoratus censebitur hæres vniuersalis, vt sumitur *ex l. Diuus, §. Cæterùm, ff. de Militar. testam. & ex §. Planè, vers. Cæterùm, instit. eod. tit. & ex cap. Raynutius, de Testam.* traditumque est *supra, sect.* 3. *num.* 27. vbi DD. retuli. Si verò sit alius vniuersaliter institutus, solùm importabit fideicommissum vniuersale, vt tradunt Imola *in d. §. Si ex fundo, col.* 15. & Salicet. *in l. fin. Cod. Famil. ercisc. per l. Nam quod, §. fin. cum l. seq. ff. Ad Trebel.* post Gloss. *in l. His verbis, in princ. verb. Dominus. ff. de Hæred. instit.* Vnde in tali casu, si vniuersaliter institutus moriatur ante aditam hæreditatem, nihil consequetur ille, cui bona per dicta verba communia relicta sunt, nisi vniuersaliter institutus decederet, postquam jussus esset adire, vel jure suitatis, sanguinis, aut deliberandi, hæreditatem transmitteret, quia extra hos casus fideicommissa prorsus expirant, hærede grauato ante aditam hæreditatem decedente: vt videri potest apud Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 5. *num.* 8. & Molin. *disp.* 189. *in princip.* & nos latiùs suo loco dicemus.

Quando autem verbum commune cẽseatur adjici vniuersitati bonorum, vt proximè dicta locum habeant, satis à nobis traditum est *d. sect.* 3. *num.* 28. *& seqq.* 320 Non omittam tamen hic aduertere, non constare apud DD. vtrum verbum, *Relinquo*, adjectum quotæ hæreditatis trahatur ad institutionem? & idem est de quouis alio verbo communi. Qua in re partem negantem tuetur Imola *in d. §. Si ex fundo, col.* 15. *fine*, & Anton. Gom. 1. *Variar. cap.* 10. *num.* 12. qui id probat per *d. l. Cogi, in princip. vers. Et generaliter.* At hic textus nulla ratione adduci potest ad hujusmodi sententiam probandam, sed potiùs ad probandam oppositam, quod nunc considerare omitto. Imola verò ducitur, quia ex mente testantis videtur esse, quòd taliter honoratus solùm habeat quotam sibi asignatam, & non aliam, argum. *l. Maritus, Cod. de Procurat. cum simil.* Vnde idem à fortiori docent quando hujusmodi verbum adjicitur quotæ bonorũ ad quod est tex. *in l. Lucius, §. Filiam, ff. de Leg.* 2. si autem esset alius vniuersaliter institutus, differentiam agnoscit Imola *supra*, post Salicet. *in l. Quoniam indignum, num.* 5. *Cod. de Testament.* inter casum, quo per verbum cõmune relinquitur quota hæreditatis, & quo relinquitur quota bonorum, quòd in hoc secundo casu est simplex legatum, vt per *l. Si pars bonorum, & l. Amplius, ff. de Leg.* 1. In primo verò est fideicommissum vniuersale, seu vniuersitatis, vt per *l. Mulier, §. fin. cum ibi not. per Gloss. ff. de Trebel. & l. Seruum, §. fin. cum l. seq. ff. de*

ff. de Legat. 2.

321 Alij vero partem sequuntur affirmantem, quod scilicet verbum, *Relinquo*, adjectum quotæ hæreditatis intelligitur jure institutionis, quando non est alius institutus hæres vniuersalis. Exprimit hanc sententiam relatis alijs Salicet. *in l. vlt. num.* 6. *vers. Et quod verbum, Relinquo, Cod Famil. ercisc.* Eandem à fortiori debet admittere Bald. *in eadem l. vlt. num.* 11. vbi docet, quòd verbum, *Lego*, appositum quotæ hæreditatis principaliter consequendæ, operatur institutionem, videtur etiam tenere Gregor. Lop. *in l.* 14. *tit.* 3. *Part.* 6. *verb. Todos los bienes, longe post med.* quatenus cùm absolutè diceret, quòd institutus in re certa per verbum commune, vel obliquum non censetur vocatus ad vniuersum; quod planè videtur intelligere de instituto, vel substituto per verba communia, vel etiam obliqua. Et hæc sententia quatenus admittit, quòd verbum commune adjectum, quotæ hæreditatis, non dato hærede vniuersaliter instituto, trahitur ad institutionem, mihi videtur probabilior, eamque in specie docet Peregrin. *de Fideicom. art.* 34. *num.* 18. *&* 53. Ducor, quia successio in quota hæreditatis est secundùm se jus hæreditarium, quo partialis hæres formaliter constituitur, quemadmodum successio in totam hæreditatem, est jus quo formaliter constituitur hæres in totum, vt per se constat. Ergo quando alicui tribuitur à testatore per verbum commune, & indifferens ad significandam constitutionem hæredis, vel legatarij, aut fideicommissarij, & non instituitur alius hæres in solidum, satis per eam determinatur ipsum commune verbum, vt significet formalem ac directam constitutionem, seu institutionem hæredis partialis, quemadmodum successio in totam hæreditatem, quando per hujusmodi verbum tribuitur, illud sufficienter determinat, vt significet institutionem hæredis in solidum.

322 Confirmatur primò, quia si testator per verbum commune tribuat vni personæ dimidiam partem hæreditatis, & alteri aliam dimidiam, nemo negabit, quod vnaquæque ex illis personis intelligatur institui directè in sua parte, cum jure accrescendi, & succedendi in partem alterius, si qua ex illis repudiauerit. Ergo similiter si vni tantùm personæ per verbū commune relinquatur pars hæreditatis, nullo alio instituto in aliam partem, vel in totum, talis persona intelligatur institui directè in illa parte, cum jure accrescendi in reliquum. Confirmatur secundò, quia quota hæreditatis dicit vniuersitatem: vnde quando instituitur hęres in tota hæreditate, & grauatur restituere quotam illius, est fideicommissum vniuersale, vt etiam admittit Imola *sup.* & constat ex *d. l. Cogi, §. Siquis hæres, ff. Ad Trebel.* quando autem verbum commune adjicitur vniuersitati, non dato alio hærede vniuersaliter instituto, trahitur ad institutionem ex communi sententia. Confirmatur tertiò, quia alioqui, si quis in testamento aliàs solemni diceret, *Se relinquere Paulo tertiam partem suæ hæreditatis*, & nullum alium hæredem instituere, tale testamentum esset simpliciter nullum ex defectu directę institutionis. Consequens autem non videtur admittendum, quia cùm testator vsus sit verbo de se indifferenti ad significandam tam directam, quàm indirectam institutionem, & non sit vnde determinetur ad indirectam, intelligi debet de directa ad valorem testamenti necessariâ: tum quia quoties ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur magis valeat, quàm pereat, vt dicitur *in l. Quoties*, 13. *ff. de Reb. dub.* quod etiam habetur *in l. Quoties*, 1. *ff. de Verb. oblig. & cap. Abbate, de Verbor. signif.* Tum etiam, quia præsumi debet testatorem voluisse condere testamentum validum, & sic vti illo verbo communi in sensu, quo ad valorem testamenti deseruire potest, qui est de institutione directa.

Aliter se res habet in quota bonorum: 323
hæc enim non dicit vniuersalitatem, sed censetur res particularis, & tanquam certa, vt cum alijs notauimus *supra, sect.* 3. *num.* 30. Et ratio est, quia ille tantùm

cen-

censetur vniuersalis successor, in quem transeunt jura & actiones defuncti, tam actiuæ, quàm passiuæ: in eum autem, qui succedit in quota bonorum, seu, cui quota bonorum relicta est, non transeunt actiones actiuæ, nec passiuæ, sed debet eam quotam accipere de manu hæredis, aut de patrimonio testatoris, deducto ære alieno, vt bene declarat Molina Jurista *lib.* 1. *de Primogen. cap.* 10. *numer.* 8. Et ideo hujusmodi quota secundùm se spectata solùm habet rationem legati, seu relicti particularis, quemadmodum res certa; ac proinde non solùm quando fuerit data per verbum obliquum, sed etiam quando per verbum commune, debet intelligi data titulo legati, & relicti particularis, non verò titulo institutionis, nec fideicommissi vniuersalis.

324 Secùs accidit in quota hæreditatis, etiam quando fuerit data titulo legati; quia tunc etiam intelligitur data cum honoribus, & oneribus, ita vt actiones actiuæ, & passiuæ transeant in legatarium, vt cum Barth. & communi tradit idem Molina Jurista *supra num.* 6. per text. *in l. Siquis seruum*, §. *fin. ff. de Leg.* 2. Vnde, vt idem Molina subdit, & ex alijs textibus confirmat, legatarius partis hæreditatis habetur loco hæredis vniuersalis, quoad hoc vt in eum transeant onera actiua, & passiua pro rata portionis, sicut in hæredem. Quo fit, vt hæredem cogere possit adire, & restituere, sicut fideicommissarius vniuersalis, vt tradit Gloss. *in l. Mulier*, §. *vlt. verb. Retinebitur, fine, ff. Ad Trebel.* Cæterùm de legato quotæ hæreditatis alibi ex professo agendum: interim præter alios videri potest Valasc. *consult.* 110. vbi assignat plures alias differentias inter legatum hæreditatis, & quotæ bonorum. Addit verò, *num.* 14. hodie in praxi non esse curandum, an testator dixerit, *Se relinquere quotam bonorum*, vel *hæreditatis*; cùm testatores communiter sint idiotæ, & nesciant quid referat hoc, vel illo modo loqui: quare eodem modo judicandum esse de quota relicta per verbum, *Bona*, atque si esset relicta per verbū, *Hæreditas*, quod est valde notandū.

SECTIO XII.

Expediuntur quædam difficultates circa institutionem in re certa.

Quamquam superiori sectione satis multa pro institutione in re certa dicta sunt, adhuc tamen quædam non leues circa eam supersunt difficultates, quæ peculiarem sectionem exposcunt, & in præsenti sunt expediendæ.

§. 1. *Vtrum si miles instituat hæredem in re certa, talis institutio trahatur ad totum?*

SUMMARIUM.

Miles potest ex priuilegio decedere testatus solùm quoad rem, vel quotam in qua hæredem instituit, & intestatus quoad reliqua, numer. 325.

Si miles instituat hæredem in re certa, vel in quota, an censeatur voluisse testari secundùm jus commune, & sic quòd talis institutio trahatur ad totū? Prima sententia affirmat, & quibus fundamentis? num. 326. *& seq. Secunda verò negat, tenens quòd potiùs censetur voluisse vti suo priuilegio, & sic decedere intestatus quoad reliquum, num.* 328. *& seqq. Proponitur quædam distinctio, seu sententia media, & confutatur, num* 331. *Alia distinctio propoitur, & rejicitur, num.* 332. *Aptior distinctio traditur, & latè probatur, num.* 333. *& seqq. Traditur receptior distinctio, num.* 339. *& seqq. Indicium Authoris, num.* 342.

Si miles instituat hæredem ex certo tempore, vel vsque ad certum tempus, non detrahitur mentio temporis; & ille censetur decessisse pro parte testatus, & pro parte intestatus, num. 329.

Si miles duos hæredes instituat, & vnus ex eis hæreditatem omittat, censetur miles pro ea parte decessisse intestatus, ibid.

Pa-

Patrimonium Castrense, & patrimonium paganicum, censentur juris fictione tanquam duæ hæreditates duorum hominum, num. 330.

Quando sunt duæ hæreditates ejusdem hominis, vt ejus, qui habet patrimonium Castrense, & patrimonium paganicum, instituto in vna non accrescit alia; ibid.

Quando sunt plures instituti in rebus certis, vel in quotis bonorum, potest quilibet acceptare rem sibi assignatam, & repudiare portionem hæreditatis, quæ aliàs ipsi accresceret; num. 334.

325 PRima difficultas est, si miles, vel qui militari gaudet priuilegio instituat hæredem in re certa, an talis institutio trahatur ad totum, detracta mentione rei certæ, quemadmodum jure communi constitutum est, vt *superiori sectione*, num. 299. vidimus? In qua quæstione certum est, posse militem ex militari priuilegio decedere testatum solùm quoad rem, in qua hæredem instituit, & intestatum quoad reliqua, vt expressè habetur *in l. Si miles vnum*, 6. *ff. de Milit. testam.* Vnde si instituat hæredem in re certa, vel in quota, volens quoad residuum decedere intestatus, citra controuersiam est, eam institutionem non trahi ad totũ, sed illud residuum pertinere ad hæredes ab intestato. Difficultas verò est, quando miles aliquem instituit in re certa, vel in quota, & non constat, eum voluisse decedere intestatum quoad reliqua, an præsumi debeat, quòd voluit testari secundũ jus commune, & sic quòd illa institutio traheretur ad totum; vel potiùs, quòd voluerit vti d. priuilegio militari, & decedere testatus solùm quoad rem, vel quotam, in qua hæredem instituit?

326 Qua in re prima sententia est, præsumi militem voluisse testari secundùm jus cõmune, atque adeo debere illam institutionem trahi ad totum, detracta mentione rei certæ, sic tenet Glos. *in d. l. Si miles vnum, vers. Creditur, ff. de Milit. testam. & in l.* 1. *vers. Nam voluntas, in fine, C. de Testam. milit.* quam sententiam testatur communem Roman. & Alex. *in d. l.* 1. *num.* 9. & ibi Jas. *num.* 10. *ad fin.* Imola *in l.* 1. *§. Si ex fundo, in* 2. *lect. colum.* 9. *in princ. ff. de Hæred. instit.* & Mantica *lib.* 6. *de Conject. vltim. volunt. tit.* 1. *num.* 26. vbi nonnullos pro ea refert, quos videtur sequi. Probatur primò *ex l. Si certarum*, 18. *ff. de Milit. testam.* vbi si miles tres hæredes instituat in rebus certis, alium in prædijs vrbanis, alium in rusticanis, & alium in cæteris rebus, valet institutio, & miles censetur instituisse eos hæredes simpliciter, seu sine partibus, & illas res certas singulis prælegasse, quemadmodum jure communi constitutum est in *l. Ex facto*, 35. *ff. de Hæred. instit.* quod aliter dicendum esset, si ille miles censeretur testatus juxta priuilegium militare, ex quo milites possunt instituere hæredem in rebus certis, quin talis institutio trahatur ad vniuersitatem, *d. l. Si miles vnum*, cum alijs.

Probatur secundò *ex l. Quamquam*, 3. *Cod. de Testam. milit.* vbi institutio hæredum à milite facta per quotas non exhaurientes totam hæreditatem trahitur ad portiones residuas, vt si vxorem ex vncia, & filiam ex duabus vncijs hæredes scripsit, nec de residuis nouem vncijs, quidquam significauit, intelligitur diuisisse totam hæreditatem in tres partes, vt vxor habeat vnam, filia verò duas: quod non ita esset, si testamentum censeretur factum juxta priuilegium militare, ex quo miles potest decedere testatus secundùm partes scripto hæredi assignatas, & intestatus quoad reliquas, vt ex prædictis juribus constat. Unde per *d. l. Quamquam*, notant generaliter Barthol. Jas. & Salic. ibid. & alij apud Mantic. *supra*, *num.* 22. quòd institutio facta à milite intelligitur potiùs secundùm jus commune, quàm juxta priuilegium militare, quando vtroque modo valere potest. Ad quod etiam adducitur *l. Centurio, ff. de Vulgari.* vbi substitutio Cõpendiosa facta à milite intra pubertatem valet vt Pupillaris, ex jure communi, & post pubertatem ex priuilegio militari. 327

Secunda sentẽtia tenet oppositũ, scilicet 328

 non

non præsumi militem in casu proposito voluisse testari secundùm jus commune, sed juxta suum priuilegium, & sic institutionem in re certa ab eo factam non trahi ad totum, nisi sufficienter constet hanc fuisse illius mentem. Ita sentit Glos. *in l. 1. §. Si ex fundo, verb. Solus hæres, ff. de Hæred. instituendis*, quam sequitur Imola ibid. *col. 8. in princip. & col. 11. prope fin. & in 2. lect. col. 7. in med.* Fulgos. Rom. Alex. & Cato Saccus *in l. 1. de Testam. milit.* Cuman. *in d. l. Si miles vnum, & in l. Si duobus, 38. ff. de Milit. testam.* & Molina, *disp. 155. num. 13.* Fundatur hæc sententia primò *in d. l. Si miles vnum*, vbi sic habetur. *Si miles vnum ex fundo hæredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonij intestatus decessisse.* Quæ decisio vera non esset, si casu, quo miles hæredem instituit in re certa, & non apparet quo jure vti voluerit (vt in casu illius legis reuerà non apparet) præsumendum foret, eum voluisse vti jure communi, & non potiùs jure speciali militaris priuilegij, cùm solùm ex eo priuilegio possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, vt ex dictis constat.

329 Fundatur secundò *in l. Miles ita, 42. ff. de Milit. testam.* vbi si miles instituat hæredem ex certo tempore, vel vsque ad certum tempus, non detrahitur mentio temporis, sed solùm pro tali tempore censetur miles testatus, & quoad reliquum intestatus, quod non ita esset, si censeretur testatus secundùm jus commune; cùm per ius commune tempus certum institutioni adjectum pro non scripto habeatur *l. Hæreditas, 24. ff. de Hæred. instit. & § Hæres, Inst. eod. tit.* similiter igitur dicendum quando miles hæredem instituit in re certa, cùm sit eadem prorsus ratio. Fũdatur tertiò *in d. l. Si duobus, ff. de Milit. testam.* vbi si miles duos hæredes instituat, & vnus ex eis hæreditatem omittat, censetur miles pro ea parte decessisse intestatus, & prohibitum esse jus accrescendi, nisi contrarium probetur: quod etiam non stat, nisi quia in dubio præsumitur miles testari juxta priuilegium militare, ex quo ei conceditur, vt possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. Quartò denique probatur hæc sententia, quia cùm miles ex suo priuilegio possit decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, sanè quãdo hæredem instituit ex re certa vel ex parte hæreditatis, nihil de residuo statuens, verosimilius est, voluisse decedere intestatum quoad residuum, cùm id sit conformius significatui verborum, quibus solùm ex re certa, vel ex parte hæredem instituit. Ergo id potiùs præsumendum, & assumendum est, argum. *l. Maritus, C. de Procurat. & l. Cùm prætor, cum ibi not ff. de Iudicijs, & cap. Nonne, de Præsumption.*

Adducitur etiam pro hac opinione tex. 330 *in l. 2. Cod. de Testam. milit.* vbi si miles Castrensium tantummodo bonorum cõmilitonem instituit hæredem, cætera ejus bona vt intestati defuncti mater ejus jure possidebit. Ex quo sequitur intelligi militem voluisse decedere ex parte testatũ, & ex parte intestatum, & sic vti potiùs jure militari, quàm cõmuni. Sed ad hoc facilè respondere possunt DD. contrariæ sententiæ, propterea in hoc casu institutionem in Castrensibus non trahi ad bona paganica, quia patrimonium Castrense, & patrimonium paganicum censentur juris fictione, tanquam duæ hæreditates duorum hominum, vt dicitur *in d. l. Si certarum, 18. vers. Iulianus etiam, ff. de Milit. testam.* quando autem sunt duæ hæreditates non habet locum jus accrescendi, *l. Si sub conditione, 16. ff. Quibus modis vsusfruct. amit. cum simil.* & ideo mirum non est, quòd institutio in vno ex illis patrimonijs non trahatur ad aliud; quod tamen fallit in quodam casu, qui ponitur *in d. l. Si certarũ*, qua de re Glos. vlt. *in l. 1. Cod. de Testam. milit.* & Imola, *in d. §. Si ex fundo col. 11. in princ.* Quanuis autem *ex d. l. 2.* non sumatur efficax argumentum pro prædicta secunda sententia: ea tamen satis superque alijs fundamentis superiùs adductis stabilitur.

Aliqui verò DD. distinguendum putãt: 331 ex quibus Salic. *in d. l. 1. n. 8. vers. Sed pro veri-*

veritate C.de Testam.milit. sic distinguit, quòd vel in testamento militis interuenit solemnitas requisita jure communi: & tunc præsumendum sit, quòd voluit testari secundùm jus commune, nisi aliqua verba adhibuerit, ex quibus appareat aliam fuisse ejus intentionem, vt quia dixerit, *Titium in Castrensibus tantùm, aut in paganicis tantùm hæredem instituo:* vel non est adhibita solemnitas juris cômunis, sed solùm militaris; & tunc magis præsumatur, quòd voluit vti jure militari, vt institutio in re certa, vel in parte hæreditatis, non trahatur ad reliqua. Hanc tamen distinctionem rejiciunt Imola in *l.1. §.Si ex fundo, col.12.fine,& in 2. lect.col. 8.in med. ff. de Hæred. instit.* Roman. & Alex. *in l.1.n.9.C.de Testam.milit.* & cæteri Juristæ, qui post Salicetum scripserunt, teste Mantica *d.tit.1.n. 16.* & meritò, quia licèt miles adhibuerit solemnitates juris communis in suo testamento, potuit tamen velle vt quoad id, de quo inquirimus, valeret ex suo priuilegio, cùm non repugnet, vt secundùm vnum respectum valeat de jure communi, & secundùm alium de jure speciali, vt probat tex. *in d.l.Quamquam, C.de Testam. milit.* & ideo quod miles vsus sit jure communi in vno, non potest inde intelligi, aut præsumi; quòd noluerit vti jure speciali in alio.

332 Aliter distinguit Ang. *in l.Sed si plures, §. Ad substitutos, ff. de Vulgari,* vbi ait, quòd aut miles aliquem instituit ex re certa, vel in quantitate, & tunc intelligitur voluisse vti priuilegio militari, vt decederet intestatus quoad residuum, juxta *d.l.Si miles vnum, ff.de Milit.testam;* aut instituit ex quota, seu parte bonorum, & tunc intelligitur voluisse vti jure communi, locumque habet jus accrescendi, juxta *d.l.Quamquam, Cod de Testam.milit.* Verum hanc etiam distinctionem meritò rejicit Alex. *in d.l.1. ad fin. vers. Angel. C. de Testam.milit.* quem sequitur Mantic. *supra, sub num. 26.* quia inter institutionem in re certa, vel quantitate, & institutionem in quota bonorû, non intercedit ratio diuersitatis, siquidem tam particularis est institutio in quota bonorum, quàm in re, vel in quantitate, nec jus accrescendi magis congruit vni, quam alteri, vt satis constat ex dictis *ad fin. præced. sectionis.*

Si distinctio proponeretur inter institutionem in parte hæreditatis, & institutionem in re certa, vel parte bonorum, facilè illam admitterem, vt scilicet, quando miles institueret hæredem in parte hæreditatis, intelligatur testatus secundùm jus commune, & talis institutio trahatur ad totum, habeatque locum jus accrescendi, vt videtur probare *d.l. Quanquam, Cod de Testam.milit.* ibiq; notat Alex. relatus in secundo summario illius legis: quando autem hæredem institueret in re certa, vel quota bonorum, seu particulari, tunc intelligatur testatus juxta priuilegium militare, & talis institutio non trahatur ad residuum; vt habetur *in d.l Si miles vnum ff.de Milit.testam.* Nec erit difficile assignare rationem diuersitatis; quia secundùm rei naturam portioni hæreditatis accrescit alia portio, non verò rei certæ, vel particulari, vt notant communiter DD. per *l.Si totam, ff.de Acquir. hæred.cum simil.* Vnde portio hæreditatis, in qua quis est institutus, aliam portionem vacantem ad se quodammodo trahit, adeo vt instituto in parte hæreditatis, etiam inuito, accrescat alia pars, si deficiat cohæres, *l.Siquis hæres, 35.in princip. ff. de Acquir.hæred.& l.vnica, §.His ita definitis, Cod.de Caduc.tol.* ibi: *Et hoc nolentibus ipso jure accrescat, si suas portiones jam agnouerunt.* 333

In institutis autem ex rebus certis, vel ex quotis bonorum, aliter se res habet: 334
non enim ita necessariò illis residuum accrescit. Nam si sint plures ita instituti, potest quilibet illorum agnoscere, & accipere rem, vel quotam sibi assignatam, & nihilominus repudiare portionem hæreditatis, quæ aliàs ipsi accresceret, siquidem hæredibus taliter institutis dantur, & competunt res illæ jure prælegati, *l. Ex facto, 2. ff. de Hæred. institut.* Quilibet autem ex institutis, cui aliquid prælegatum est, potest repudiare hære-

 dita-

ditatem, & nihilominus consequi prælegatum, *l. Qui filiabus*, 17. *§. fin. ff. de Leg.* 1. Vnde notat Molina Jurista *lib.* 1. *de Primog. cap.* 10. *num.* 13. quòd non tantùm secundùm jus Castellæ, sed etiam secundùm jus commune, filius melioratus in tertio, & quinto, potest acceptare meliorationem, & repudiare hæreditatem, siue in re certa, siue in parte bonorum melioratio consistat.

335 Ex quibus profectò satis diuersa ratio apparet, cur institutus à milite in quota hæreditatis intelligi debeat cum jure accrescendi, atque adeo secundùm jus commune: institutus verò in re, vel quota particulari; intelligendus sit absque jure accrescendi; ac proinde juxta priuilegium militare, ex quo miles potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. Cùm enim accretio propriè, ac secundùm rei naturam congruat portioni hæreditatis, non ita verò relictis particularibus, satis congruè ex ipsa relictorum natura, & conditione intentionem militis interpretabimur, vt quando instituit in portione hæreditatis, intelligatur cum jure accrescendi: secus autem, quando instituit in re particulari, nisi aliquid interueniat, ex quo appareat, alíam fuisse illius intentionem.

336 Et verò quòd institutus à milite in parte hæreditatis intelligi debeat cum jure accrescendi, & sic quod talis institutio debeat censeri facta secundùm jus commune, itaut trahatur ad totum, si cohæres institutus in alia parte repudiet, satis apertè habetur *in l. Si filius*, 42. *§. Papinianus, ff. de Bonis libert.* vbi cùm proponatur, quod libertus Titium instituit in bonis Castrensibus, & quemdam alium in paganicis, quæritur, an repudiante eo, qui in paganicis institutus est, perinde Titio accrescant paganica, ac si ille alius in parte ejusdem hæreditatis institutus esset? vbi manifestè supponitur, quòd si duo instituti essent in diuersis partibus ejusdem hæreditatis, pars ejus, qui repudiaret, alteri accresceret, nihil obstante quòd testator esset miles: ponitur enim casus in liberto, qui de bonis Castrensibus testatus est, quod propriè militi conuenit, & ita intelligit ibi Glos. quæ casum format in liberto, qui commilitonem fecit hæredem in bonis Castrensibus.

Si dicas in contrarium stare *d. l. Si duobus*, quæ *num.* 329. pro secunda sententia principali affertur; siquidem ibi dicitur, quòd si à milite liberto duo hæredes instituantur, & alter hæreditatem omittat, videtur miles pro ea parte decedere intestatus, atque adeo, quòd pars ab altero omissa alteri non accrescat. Respondetur facilè ex Accurtio *in Glos.* 2. *hujus legis*, casum, qui ibi deciditur, esse illum ipsum, de quo agitur *in d. l. Si filius*, *§. Papinianus, ff. de Bon. libert.* quando scilicet miles libertus duos instituit hæredes, alterum in Castrensibus, & alterum in paganicis, & in tali casu vtrobique resolui, quòd vno ex illis hæredibus omittente, non accrescunt alteri bona omissa, sed competunt patrono ab intestato, cùm patrimonium Castrense, & paganicum censeantur tanquam duæ hæreditates, ex quibus si vna omittatur, non potest alteri accrescere ex testamento, cùm hæreditas omissa ad causam testati non pertineat, vt pro præsenti casu dicitur *in d. §. Papinianus, vers. Titius igitur.* Secus verò est, quando duo sunt instituti à milite in duabus partibus ejusdem hæreditatis, vt ex dictis constat, & ex eodem *§. Papinianus*, probatum est. Ad hæc Salic. *in l.* 1. *C. de Testam. milit. n.* 7. docet, quòd institutus à milite in parte patrimonij Castrensis, vel paganici, totum residuum ejusdem patrimonij ad se trahet per jus accrescendi. Et quanuis Imola *in d. §. Si ex fundo, col.* 13. *in princ. & in* 2. *lect. col.* 8. *fine*, dicat, se id verum non credere, intelligit, si sensus sit, quòd miles nō potest in eodem patrimonio decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus. 337

Deinde quòd institutus per militem in re particulari intelligatur sine jure accrescendi, seu quòd in tali institutione intelligatur miles voluisse vti priuilegio militari, vt illa non trahatur ad totum, quæ erat alia pars prædictæ distinctionis, satis apertè conuincitur *ex d. l. Si miles* 338

vnum,

vnum, ff. de Milit. testam. Id verò intelligendum est, nisi sint instituti plures hæredes, inter quos miles totum patrimonium distribuerit: nam tunc licèt singulos instituerit in rebus certis, tamen ex eoquod totum patrimonium inter illos diuiserit, benè intelligitur voluisse, vt talis institutio traheretur ad totam hæreditatem, illique hæredes censerentur instituti sine partibus, & quòd singuli res sibi assignatas acciperent, vt ipsis prælegatas; quæ est decisio, *d. l. Si certarum, ff. de Milit. testam.* & ita docent omnes.

339 Cæterùm quamuis ex prædictis optimè defendi possit superior distinctio, tamen magis probari video aliam, quam tradunt Socin. jun. *in l. Centurio, sub numer.* 88. *ff. de Vulgari*, Imola *in d. §. Ex fundo, colum.* 12. *post princip.* & alij quos citat, & sequitur Mantica *lib. 6. de Conject. vltim. vol. tit.* 1. *num.* 28. vt nimirum, si militis dispositio valere potest secundùm jus commune, salua significatione verborum, ex quibus voluntas testatoris datur intelligi, tunc præsumatur eum voluisse vti iure communi: si autem non potest valere secundùm jus commune, nisi à verbis recedatur, tunc magis intelligatur voluisse vti suo priuilegio, ne ejus qualecumque fuerit judicium, quod ex verbis colligitur, impugnetur.

340 Priorem partem hujus distinctionis probant citati DD. per *d. l. Quamquam, Cod. de Testam. milit.* vbi miles, qui vxorem instituit in vna vncia, & filiam in duabus, intelligitur disposuisse secundùm jus commune; quia licèt verba intellecta de vncijs minutis, prout vncia dicitur duodecima pars totius assis, seu hæreditatis, non significent institutionem simpliciter vniuersalem, & adæquatam, qualis secundùm jus commune esse debet, attamen cùm possint etiam accipi & intelligi de vncijs grossis, prout diuisa hæreditate in pauciores partes quàm duodecim, quælibet potest appellari vncia, fit vt illa verba in casu proposito significare possint institutionem simpliciter vniuersalem, & qualis de jure communi esse debet, perinde ac si diuisa hæreditate in tres partes dixisset testator, se instituere vxorem in vna parte, & filiam in duabus: idque satis est, vt intelligatur testari secundùm jus commune, eoquod verba recipiant sensum, in quo secundùm jus commune institutio consistere potest. Eandem partem probant, & quidem efficaciùs, per *l. In testamento*, 1. *Cod. eod.* Quòd si in contrarium objicias, *dict. l. Si duobus*, vbi libertus miles disposuit de vniuersa hæreditate, in qua duos hæredes instituit, & nihilominus intelligitur voluisse decedere intestatus quoad partem quam alter eorum repudiasset. Respondet Mantica *supra, num.* 29. ex Glos. 1. illius legis, id esse speciale in milite liberto, ob fauorem patroni, vt is ab intestato succedat in parte repudiata. Aptiùs tamen videtur responderi posse, juxta explicationem Accurtij in Glossa, 2. ejusdem legis, quam *num.* 337. pro præcedenti distinctione adduximus.

Aliam partem probant ex *d. l. Si miles vnum, & d. l. Miles ita, ff. de Milit. testam.* eamque efficaciter, & in specie probat quartum fundamentum pro secunda sententia principali adductum. Unde juxta hanc vltimam distinctionem, quoties miles instituit hæredem in re particulari, vel in parte hæreditatis, nihil disponendo de residuo, talis institutio intelligitur facta secundùm priuilegium militare, vt scilicet non extendatur ad totam hæreditatem, & testator intelligatur voluisse decedere intestatus quoad residuum, de quo nihil significauit; cùm in tali casu, sistendo in præciso verborum significatu, non possit stare institutio secundùm jus commune, sed tantùm secundũ jus speciale militaris priuilegij, vt ex dictis patet. 341

Mitto alia, quæ à Juristis circa hanc molestissimam difficultatem afferuntur, quæ videri possunt apud Salic. Imol. & Manticam, *loco cit.* Mihi certè absolutè, & indistinctè prædicta secunda sententia principalis tenenda videbatur, ac juxta illam dicendum, quòd in successione ex testamento militis, numquam est locus juri accrescendi, nisi sufficienter ap- 342

pareat de contraria intentione testatoris, seu quod is testari voluerit secundùm jus commune, vt expressè tradit Menoch *de Præsumptionib. lib. 4. præsumpt. 86. num. 8 per d. l. Si duobus, ff. de Milit. testam.* Sed tamen vltima distinctio vt magis recepta defendenda est.

§. 2. *Quid, si instituto hærede in re certa, adjecit testator, vt esset contentus tali re, vel non posset plus petere?*

SUMMARIUM.

In præsenti casu, si institutus sit alius hæres vniuersalis, vel in quota hæreditatis, & is deficiat, vel repudiet, valebit illa institutio hæredis in re certa, & trahetur ad totam hæreditatem. Id verò limitatur in quodam euentu, numer. 343.

Quando non esset institutus alius hæres vniuersalis, vel in quota hæreditatis, prima sententia tenet dictam institutionem particularem esse nullam, & succedere venientes ab intestato. Et quando id procedat, juxta P. Molin. numer. 344. *& seq. Ampliatur hæc sententia, vt idem sit dicendum de instituto in quotâ hæreditatis, cum prohibitione ne institutus possit petere residuum. Quæ ampliatio impugnatur, num.* 346.

Vtrum retentâ prædictâ sententiâ principali, debeat institutus habere rem certam, in qua institutus est? num. 347.

Secunda sententia principalis tenet, illam particulatem institutionem valere, & trahi ad totum, itaut institutus non teneatur quidquam restituere hæredibus ab intestato, numer. 348. *& seqq.*

Tertia sententia est, illam institutionem in re certa valere, & trahi ad totum: at institutum teneri restituere residuum bonorum venientibus ab intestato; num. 351. *& seq. Hæc sententia præfertur, & soluuntur fundamenta aliarum quatenus illi contradicunt; num.* 353. *& seqq.*

Vtrum stando in prædicta tertia sententia, ille institutus restituens residuum venientibus ab intestato, possit deducere Trebellianicam, si res certa, in qua institutus est, ad illam non ascendat: non obstante quod testator jussit, vt illa tantùm re esset contentus? num. 357. *& seq.*

343 Secunda difficultas est, quid dicendum, si testator hæredem instituit in re certa, & adjecit, quòd esset contentus tali re; vel quòd plus petere non posset? In qua difficultate duo principales casus distinguuntur. Primus est, quando simul est institutus alius hæres vniuersaliter, vel in quota hæreditatis, qui repudiauit, vel aliàs deficit. Secundus est, quando non est institutus alius vniuersaliter, neque in quota. In primo casu communis sententia est, illam institutionem in re certa valere, & trahi ad totam hæreditatem, ipsumque institutum non teneri quidquam de illa restituere. Sic Barthol. *in l. Quoties, §. Si duo, num. 6. ff. de Hæred. instit.* Bald. *ibid.* & omnes, teste Imola *in l. 1. §. Si ex fundo, colum. pen. in fine, ff. eod.* Ratio est, quia prohibitio, quod amplius petere non possit, præsumitur facta in fauorem vniuersaliter instituti, ae proinde eo deficiente, nihil operatur, cùm deficiente causa prohibitionis cessare debeat ejus effectus, *l. Quod dictum, ff. de Pact. & cap. Cùm cessante, de Appellat.* Hanc verò resolutionem limitat Barthol. *supra*, vt non procedat, quando esset institutus hæres vniuersalis, qui secundùm cogitationem testatoris non poterat esse hæres, nisi in vno tantùm casu; vt quia instituit ventrem vxoris, si ad lucem peruenerit, & eo casu, quo ad lucem non perueniat, nihil constituit. Tunc enim asserit, dictam prohibitionem intelligi factam fauore instituti vniuersalis si ad lucem peruenerit,

rit; si autem non peruenerit, fauore venientium ab intestato, juxta *l. Peto, in princip. vers. Idem dicemus, ff. de Leg. 2.*

344 In secundo autem casu, quando scilicet nullus alius est institutus vniuersaliter, vel in quota hæreditatis, variæ sunt sententiæ. Prima tenet illam institutionem esse nullam, & succedere venientes ab intestato. Ita sentiunt Barthol. *in d. §. Si duo, numer.* 6. Bald. Paul. Castr. & alij *ibid.* Angel. *in l. penult. ff. de Injusto rupto*, esseque hanc sententiam communem testatur Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 10. *numer.* 10. licèt addat, esse valde difficilem, nec illam sequatur: eandem tenet Molina *disput.* 155. *numer.* 21. pro casu, quo testator sic disponeret ex ignorantia juris prohibentis quemquam decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum. Probant hanc sententiam Barthol. & alij Juristæ, qui eam sequuntur, Primò, *ex dict. §. Si duo*, vbi Jurisconsultus dicit, quòd quando fuerint instituti duo in aliquo fundo, etiam pro partibus inæqualibus, alia bona eis accrescunt pro æqualibus portionibus, nisi manifestè appareat de contraria voluntate testatoris. In nostro autem casu manifestè apparet, contrariam esse testatoris voluntatem, eum scilicet non velle, vt illi instituto in re certa cætera bona accrescant. Ergo talis dispositio non potest valere in ratione institutionis vniuersalis, & consequenter succedent venientes ab intestato. Secundò, quia quando in testamento reperitur perplexitas, & repugnantia; vitiatur dispositio, *l. Si Titio, ff. de Condit. institution.* In præsenti autem est perplexitas, & repugnantia; siquidem testator instituit hæredem in re certa, & simul prohibet ne habeat alia bona; quòd repugnat, cùm jus non patiatur, vt quis decedat pro parte testatus, & pro parte intestatus. Ergo vitiatur talis iustitutio, & reducitur ad causam intestati.

345 Molinæ verò fundamentum est; quia nulla æquitas patitur, vt sine Reipublicæ commodo standum non sit voluntati testatoris, qui ex inuincibili juris ignorantia, atque adeo sine vllo peccato disposuit, vt hæres, quem in re certa instituit, nihil amplius de suis bonis consequeretur: at ea omnia, præter illam rem certam, deuenirent ad hæredes ab intestato; sed in nostro casu, hoc ipso quòd testator institutum in re certa prohibuit, ne plus posset petere, satis apertè declarauit, suam voluntatem fuisse, vt cætera bona taliter instituto non accrescerent, sed deuenirent ad hæredes ab intestato, vt omnes fatentur. Ergo, &c.

Aliqui hujus sententiç Authores illam ampliant, vt etiam procedat, quando quis est institutus in quota hæreditatis, cum prohibitione ne posset petere residuum, quòd tunc idem sit vitium institutionis, eademque juris resistentia in nullo casu patientis, vt quis decedat pro parte intestatus. Ita expressè ampliat Castr. *in dict. §. Si duo, numer.* 5. *vers. Contra istud tamen.* Idque probat *ex l. penult. ff. de Injusto rupt.* & ita etiam sentiunt Molina *loco cit.* & alij apud Anton. Gomez *tom.* 1. *Variar. cap.* 10. *num.* 10. Hanc tamen ampliationem rejiciunt Angel. *in d. l. pen.* & Bald. *in l. vnica, Cod. Quando non petentium partes, quæst.* 9. qui volunt, quòd quando quis est institutus in quota nõ ei officit dicta prohibitio, quominus totum residuum illi accrescat, quia text. *in dict. §. Si duo*, quo prædicta sententia principalis nititur, non loquitur in hoc casu; & cùm institutio, & prohibitio simul concurrant præualere debet institutio, quæ est nobilior, & fauorabilior, vt trahat ad se causam intestati. Intelligiturque hæc sententia, licèt institutio facta esset in minori quota, vt in quarta, vel quinta parte hæreditatis; quòd satis sit fieri in quotâ, vt institutio euadat vniuersalis. 346

Monent præterea nonnulli ex Assertoribus prædictæ sententiæ principalis, licèt vitietur institutio in re certa per dictam prohibitionem, attamen cum hoc stare, quòd institutus debet habere rem sibi assignatam, tenerique hæredes ab intestato eam illi restituere. Ita sentit Paul. Castr. *in d. §. Si duo, numer.* 5. & tradit 347

lariùs Molina *supra num.* 13. idemque retentâ prædictâ sententiâ principali, tenendum esse affirmat Anton. Gomez *dict. numer.* 10. *fine*, per text. *in l. Ex facto, & in l. Scæuola, ff. Ad Trebel. & in dict. l. Filijsfamil. §. Vt quis hæredem, ff. de Leg.* 1. Contrarium verò docet Angel. *in dict. l. penult. ff. de Iniusto rupt. testam.* idque mihi magis probatur ex generali regula, quòd nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet, *l.* 1. *§. Sed si filius, ff. de Legat.* 3. Vnde, cùm juxta prædictam sententiam principalem, nullum sit testamentum, quo hæres est institutus in re certa, cum dicta prohibitione ne possit amplius petere, consequens est ipsam etiam rem certam nulliter relinqui in tali testamento. Nec oppositum probat *dict. l. Ex facto*, cum alijs in oppositum adductis; quia illæ leges solùm probant, quòd quando aliquis intendit facere codicillos, & in eis instituit hæredem verbis directis, ea verba ex benigna interpretatione trahuntur ad institutionem indirectam, & fideicommissariam; quod non conuenit nostro casui. Intellige verò hanc nostram resolutionem, nisi in illo testamento adhibita fuisset clausula Codicillaris; cùm hæc faciat, vt quando testamentum non potest valere jure testamenti, valeat jure codicilli, seu fideicommissi, *l.* 1. *ff. de Iure codicil. l. Cohæredi, §. Cùm filiæ, ff. de Vulgari, l. vltim. vers. Illud, Cod. de Iure codicil.*

348 Secunda sententia principalis tenet illam institutionem valere, & trahi simpliciter, & in effectu ad totum; itaut institutus non teneatur quidquam restituere hæredibus ab intestato, nihil obstante quod testator in eorum fauorem dictam prohibitionem adhibuerit. Ita expressè Imola *in dict. l.* 1. *§. Si ex fundo, colum. penult. post princip. ff. de Hæred. instit.* Eandem sententiam, licèt non ita expressè quoad vltimam partem, tenent Dynus *in l. Siquis ita hæres instituatur*, 82. *ff. eod.* Alex. dicens esse magis communem, *in l. Siquis priore, colum.* 2. *in fine, ff. Ad Trebel.* & alij quos refert Anton. Gom. *tom.* 1. *Variar. cap.* 10. *numer.* 10. *& sequitur. numer.* 11. *vers. Tamen quod prima opinio*, qui DD. simpliciter docent, tali instituto accrescere cætera bona testatoris, non exprimendo, cum non teneri restituere illa venientibus ab intestato.

Quòd dicta institutio valeat, & trahatur ad totum, non obstante illa prohi- 349
bitione, probatur efficaciter, primò *ex l. Siquis ita hæres institutus fuerit*, 74. *ff. de Hæred. instit.* vbi habetur, quòd si aliquis ita instituatur, *Excepto fundo, excepto vsufructu hæres esto*, perinde erit, atque si sine exceptione illius rei institutus esset. Sed si nulla res exciperetur, esset hæres simpliciter, & in totum. Ergo quòd testator in nostro casu excipiat, & prohibeat ne institutus quidquam habeat vltra id, in quo eum instituit, nihil ea exceptio obstat quominus validè, & in totum sit hæres. Secundò quia testator non potest per suam prohibitionem efficere, ne leges habeant locum in suo testamento, *l. Nemo potest, ff. de Legat.* 1. sed leges decernunt, vt institutus in re certa, non dato cohærede vniuersali, vel in quota hæreditatis instituto habeat totum, perinde ac si esset institutus simpliciter, *l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* Ergo dicta testatoris prohibitio non potest efficere, ne taliter institutus totum petere, & habere possit. Tertiò, quia pactum, vel protestatio contra naturam, & substantiam actus vitiatur, & non vitiat, *l. Cùm precario, ff. de Precario, cum simil.* in nostro autem casu illa prohibitio est contra substantiam institutionis, quæ suapte natura habet extendi ad totum. Ergo ipsa potiùs prohibitio vitiatur, & habetur pro non apposita; institutio autem manet, & extenditur ad totum, tanquam simpliciter facta. Quartò denique probatur à simili *ex dictis sect.* 10. *sub concl.* 3. *dub.* 1. vbi resoluimus, quòd quando aliquis institueretur vsque ad certum tempus, cum clausula, vt non possit vlteriùs esse hæres, talis institutio valet, & habetur tanquam purè, & sine temporis limitatione facta.

De-

350 Deinde quòd institutus in proposito casu non teneatur quidquam restituere venientibus ab intestato, suadetur primò, quia si aliquis instituatur hæres, excepto fundo, non tenetur fundum restituere, vt videtur probari per *d. l. Siquis ita hæres institutus fuerit, juncta Glos. ibi vers. Sine ea re*, vbi declarat, quòd hæres in tali casu totum simpliciter habere debeat, sicut quando solùm institueretur ex fundo, non dato cohærede vniuersali, juxta text. *in d. l. 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* in quo euentu indubitatum videtur, quòd etiam in foro conscientiæ non tenetur hæres restituere quidquam venientibus ab intestato, vt cum alijs tradit Anton. Gomez *tom. 1. Variar. cap. 10. numer. 9.* & Molina *d. disput. 155. sub numer. 15.* Et hinc suadetur secundò eadem resolutio, quia quando aliquis instituitur ex re certa v.c. ex fundo, tacitè prohibetur à testatore, ne plus habere possit, siquidem propterea testator ejus institutionem limitat ad rem certam, quia nonvult, vt succedat in reliquis: & tamen hæc prohibitio non tollit, quominus taliter institutus habeat totum, & nó teneatur restituere quidquam venientibus ab intestato, vt diximus. Ergo idem in nostro casu dicendum est, non obstante simili prohibitione testatoris, quantumuis expressâ, cùm tacitum, & expressum æquiparentur *l. Cùm quid, ff. Si cert. pet.*

351 Tertia nihilominus sententia est, illam quidem institutionem valere, & trahi ad totum, vt secunda sententia affirmat; at institutum teneri restituere venientibus ab intestato residuum bonorum, retenta sibi re certa, in qua institutus est: Ita Salicet. *in l. Quoties, numer. 16. ad fin. Cod. de Hæred. instit.* Gregor. Lopez *in l. 14. tit. 3. Part. 6. verb. Todos los bienes*, & Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumpt. 20. sub numer. 4. vers. Extenditur.* Probat Salicet. hanc sententiam *ex l. Peto, 71. in 2. casu, ff. de Leg. 2.* vbi institutus hæres ex parte hæreditatis, & rogatus vt esset contentus centum aureis pro ea parte, cogitur eam restituere cohæredibus, retentis tantùm illis centum aureis. Ad hoc tamen respondet facilè Imola *supra*, quòd *dict. l. Peto*, loquitur, quando præcessit institutio plurium hæredum ex toto asse, & postea vnus ex eis jussus fuit esse contentus certa re pro sua portione: in quo casu bene stat, quòd videtur rogatus de restituendo residuo alijs cohæredibus, nec aliquid tunc obstat, quominus ea testatoris voluntas, & dispositio conseruanda sit. At verò in nostro casu non est à principio facta institutio ex toto, sed solùm ex parte, & adjecit testator exceptionem, vel prohibitionem de reliquo, quæ est contra formam juris, & ideo rejicienda, ipsaque institutio habenda tanquam simpliciter facta, juxta id, quod habetur *in dict. l. Siquis ita hæres institutus, 74. & in dict. l. 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* cum simil.

Aliter ergo hanc sententiam probat Gregor. Lopez *supra*, quia fideicommissum inducitur etiam ex conjecturata voluntate testatoris, & quomodocunque de illa constet, *l. Cùm proponebatur, & l. Vnum ex familia, §. fin.* & ibi Barth. *ff. de Legat. 2.* in præsenti autem casu nihil aliud conjectari possumus de mente testatoris, ex eo quod prohibuit institutum ex re certa plus accipere, nisi quòd voluerit, vt venientes ab intestato residuum haberent; cùm nullum alium hæredem instituerit, cujus fauore eam prohibitionem adhibuisse intelligatur, vt planum fit *ex d. l. Peto, in fine princip.* ergo hæc voluntas testatoris intelligi & conseruari debet tanquam fideicommissum, quo institutus grauatur respectu venientium ab intestato. Cùm enim juxta hunc dicendi modum saluetur voluntas testatoris absque offensione legum vetantium quem decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, siquidem ponitur quod ille institutus capit totum ex testamento, nulla est ratio, cur non debeat conseruari tali modo, idest per viam fideicommissi, quando aliter, saluis legibus, stare non potest.. Id quod optimè confirmatur *ex dict. l. Ex facto, & dict. leg.* 352

l. Scæuola, ff. Ad Trebellian. & ex d. l. Filijfamil. §. Vt quis hæredem, ff. de Legat. 1. vbi pro saluanda voluntate testatoris, quando institutio hæredis non potest valere in ratione institutionis directæ, quia est facta in codicillis, accipitur ex benigna interpretatione, vt facta indirectè, & fideicommissariè, ad hoc vt valeat. Ex quo fundamento diximus *supra, sect.* 10. *sub conclus.* 3. *dub.* 3. cum multis DD. quòd quando essent instituti duo hæredes, alter vsque ad certum tempus, & alter post tale tempus, primus censetur vniuersaliter, & perpetuò hæres institutus, at cum onere fideicommissi, vt post illud tempus hæreditatem restituat secundo. Quo sanè admisso, idem necessariò cum debita proportione admittendum est in præsenti.

353 Ex prædictis sententijs hanc vltimam judico multò probabiliorem. Et quidem fundamenta, quæ pro prima adducta sunt, facili negotio dissoluuntur. Ad primum desumptum *ex dict. §. Si duo*, respondetur, cùm ibi dicitur, quòd institutis ex re certa, etiam ex partibus inæqualibus, accrescunt cætera bona pro partibus æqualibus, nisi manifestè appareat de contraria voluntate testatoris, sensum non esse, quòd non accrescunt illis cætera bona, si voluntas testatoris refragetur, sed quòd non accrescunt pro partibus æqualibus, si appareat testatorem voluisse, vt accrescerent pro inæqualibus. Ad secundum respondetur, in præsenti casu non dari perplexitatem, sed solùm apponi à testatore prohibitionem, vel juri contrariam, & consequenter rejiciendam, vt secunda sententia contendit, vel quæ interpretationem admittit, vt solùm contineat grauamen fideicommissi, vt retentâ tertiâ sententiâ defendimus. Neque bene in hunc casum applicatur illa *l. Si Titius, ff. de Condit. institut.* quia in ea lege solùm dicitur, esse inutilem institutionem, quando testator sic disponeret: *Si Titius hæres erit, Seius hæres esto: Si Seius hæres erit, Titius hæres esto:* vbi datur quædam perplexitas insolubilis, cùm institutio fiat sub duplici conditione quodammodo reciproca, & ad inuicem repugnante; quæ proinde necessariò destruit ipsam institutionem; quòd in nostro casu non visitur.

Tandem ad fundamentum, quo Molina ducitur, dicimus primò, non satis esse, quòd appareat de voluntate testatoris, etiam si absque vllo peccato concepta sit, ad hoc vt ea conseruari debeat, si sit contra dispositionem juris, vt patet quando vel ob ignorantiam, vel ab impotentiam quis testatur non adhibita juris solemnitate. Neque nostrum est leges corrigere (vt sæpe Molina facere tentat) quoties nobis videtur, eas non fulciri naturali æquitate, vel Reipublicæ emolumento. Dicimus secundò, sufficienter seruari testatoris voluntatem in tertia sententia, quam sequimur; cùm juxta eam teneatur institutus restituere hæreditatem venientibus ab intestato, retenta ea re in qua fuit institutus. 354

Fundamentis etiam, quæ adducta sunt pro vltima parte secundæ sententiæ, quæ tantùm pars nostræ sententiæ aduersatur, facilè satisfit. Ad primum dicimus, quòd quando est institutus hæres, excepto fundo, licèt debeat habere totum, vt notat Glos. *in dict. l. Siquis ita hæres institutus*, attamen tenetur restituere fundum venientibus ab intestato, ne illum retineat contra voluntatem defuncti, vt ex mente Saliceti videtur docere Gregor. Lopez *vbi supra, vers. Neque huic opinioni refragatur.* Neque est eadem ratio in hoc casu, atque in casu *l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* quando scilicet quis est institutus ex fundo, non dato cohærede vniuersali: in quo casu fatemur, talem institutum non solùm censeri institutum simpliciter, & in totum, vt habetur *in dict. §. Si ex fundo*, sed etiam non teneri quidquam restituere venientibus ab intestato; quia cùm fuerit institutus absque expressa prohibitione, ne plus capere posset, vide- 355

videtur capere totum ex mente testatoris, qui præsumitur voluisse hoc ipsum quod lex vult, & consequenter perinde non tenetur quidquam restituere, acsi fuisset simpliciter institutus. At verò in casu, quo quis fuit institutus in re certa, vel in aliqua parte hæreditatis, cum prohibitione, ne posset plus petere, licèt ex dispositione legis videatur testator velle, vt ille capiat totum: attamen hoc ipso quòd dictam prohibitionem adjecit, censetur simul voluisse, vt ille teneretur restituere residuum eis, quorum fauore prohibuit.

356 Et hinc etiam patet responsio ad secundum. Ad quod negamus, interuenire tacitam prohibitionem plus petendi, quando quis est institutus ex re certa. Quia, vt diximus, præsumitur tunc velle testator se conformare legi statuenti, vt talis hæres intelligatur institutus simpliciter, detracta mentione rei certæ, & sic quod non vult illum grauare, vt residuum restituat. Quod secus est, quando adhibuit expressè dictam prohibitionem; quia expressa voluntas facit cessare tacitam in contrarium, *l. Cùm ex filio, §. 1. & l. Qui plures, in princip. ff. de Vulgari.*

357 Sic defensâ prædictâ tertiâ sententiâ, quòd ille institutus prohibitus plus petere tenetur restituere residuum jure fideicommissi venientibus ab intestato, emergit statim quæstio, vtrum si res certa, in qua institutus est, non ascendat ad quartam Trebellianicam, possit retinere supplementum, itaut integra Trebellianica apud ipsum permaneat? Pars affirmatiua videtur probari per text. *in §. Sed & siquis priore, vers. Imperatores, Inst. Quibus mod. testament. infirm.* vbi siquis in secundo testamento hæredem in rebus certis instituit, & adjecit, quòd volebat, vt etiam primum testamentum subsisteret, perinde valet secundum testamentum, acsi rerum certarum mentio facta non esset; tenetur hæres in eo scriptus, aut esse contentus rebus sibi datis, aut suppletâ quartâ Trebellianicâ, si res illæ ad eam non ascendunt, restituere hæreditatem jure fideicommissi ijs, qui in priore testamento scripti sunt.

Nihilominus Salicet. *in dict. l. Quoties, numer. 17. Cod. de Hæred. instit.* 358 partem negantem sequitur, eoquòd testator, prohibendo institutum ne plus peteret, quam rem certam, in qua illum instituit, videatur etiam prohibuisse dictum supplementum Trebellianicæ. Et licèt controuersum sit, an testator possit prohibere detractionem hujus quartæ, tamen ipsemet Salicet. & communis DD. *in Auth. Sed cum testator, Cod. Ad leg. Falcid.* tenet, & probat hujusmodi quartam posse à testatoribus prohiberi, quemadmodum Falcidiam, quanuis repugnet Gloss. *in dict. Auth. Sed cum testator, vers. Cessat.* Neque huic resolutioni obstat text. *in dict. §. Sed & siquis priore*, quia non loquitur in casu, quo testator prohibuisset institutum plus petere.

§. 3. *Quid si v.c. maritus instituat uxorem in vsufructu suorum bonorum, & post ejus mortem instituat vniuersaliter extraneum?*

SUMMARIUM.

Prima sententia in casu proposito est, uxorem sic institutam solùm haberi vt legatariam vsusfructûs; illum verò extraneum effici hæredem vniuersalem sub conditione, idest post mortem vsufructuariæ, si tunc viuus fuerit. Et quid si tunc non fuerit viuus, vel repudiet? numer. 359.

An retentâ prædictâ sententiâ, statim vxor consequatur vsumfructum, in quo instituta est? numer. 360. & seq.

Secunda sententia principalis est, illam vxorem censeri institutam in totam hæreditatem; extraneum verò institutum

tutum vniuersaliter post ejus mortem censeri tantùm fideicommissarium, respectu cujus mulier grauata sit hæreditatem restituere post mortem; numer. 362. & seq.

Prædicta secunda sententia magis probatur Authori; num. 364.

Quid quando maritus instituit vxorem in vsufructu omnium suorum bonorum, & post ejus mortem instituit proprium filium vniuersaliter? numer 465.

359 Tertia difficultas est, si maritus instituat vxorem in vsufructu suorum bonorum, & sic in re certa, donec vixerit, & post ejus mortem instituat vniuersaliter extraneum, an talis vxor fiat hæres simpliciter, vel solùm habeatur tanquam legataria illius vsusfructus? Prima sententia tenet, solùm fieri legatariam in vsufructu, illum verò extraneum effici hæredem vniuersalem sub conditione, idest post mortem vsufructuariæ, si tunc viuus fuerit. Ita docent Aretin. *in l. Filius à patre, in princip. colum. penult. vers. Circa secundum, ff. de Liber. & posthum.* Alex. ibid. *colum. 6. vers. Redeundo igitur*, Ruin. *consil. 54. numer. 7. 12. 14. & 15. & consil. vltim. numer. 22. lib. 2.* Beroius *consil. 58. numer. 6. lib. 2.* Castr. Jason Guilliel. Bened. & alij quos citat, & sequitur Simon de Præt. *lib 3. de Interpret. vltim. volunt. interpret. 1. dub. 2. solut. 1. numer. 21. & 22.* Quibus accedit Menoch. *consil. 115. à numer. 1.* Fundamentum hujus sententiæ est, quia institutus in re certa, quando est alius institutus vniuersaliter, habetur loco legatarij, *dict. l. Quoties, Cod. de Hæred. institut.* in præsenti autem vxor est instituta in re certa, nempe in vsufructu, & extraneus est institutus vniuersaliter. Ergo illa solùm est legataria, seu loco legatariæ; extraneus verò est propriè hæres, quamuis sub dicta conditione, post mortem mulieris, quæ conditio solùm efficit, vt non sit hæres, nisi adeat post ipsam conditionem impletam. Si autem extraneus moriatur non adita hæreditate, illamue repudiet post mortem vsufructuariæ, omnia defuncti bona accrescent ipsi fructuariæ, vt cum alijs aduertit idem Prætis *dict. numer. 21.* & constat ex supradictis *sect. præcedenti, numer. 308. cum sequentib.* Quo ex loco maior hujus puncti explicatio petenda est.

Quòd si quæras, an retentâ prædictâ sententiâ, statim illa mulier consequatur vsumfructum, in quo instituta est? Respondet affirmatiuè idem Prætis cum alijs, quos refert; & meritò, quia licèt merus legatarius non consequatur legatum antequam hæres adeat hæreditatem, quæ aditio juxta prædictam sententiam fieri non potest in casu præsenti, nisi post mortem vsufructuariæ: illud non procedit in instituto ex re certa, etiam quando simul est datus, & extat hæres vniuersalis (quo in casu ille particulariter institutus habet vicem legatarij (quia potest agnoscere suam particularem institutionem, & capere rem, in qua institutus est, propria auctoritate; & ex tali ejus agnitione confirmatur testamentum, juxta Barthol. communiter receptum *in leg. Ex facto, 2. numer. 2. & 5. ff. ff. de Hæred. instit. & in dict. leg. Filius à patre, ff. de Liber. & posthum.* alijsque in locis, & dictum à nobis est *sect. præced. num. 308. & 312.* 360

Hoc ipsum aliâ viâ, seu alio dicendi modo, tuetur Couar. *lib. 2. Variar. cap. 2. numer 5.* vbi cum alijs docet, quando testator legauit Titio vsumfructum omnium suorum bonorum, vel eum hæredem in ipso vsufructu instituit, & post ejus mortem instituit Seium hæredem vniuersalem, non censeri adjecisse tempus mortis talis vsufructuarij, ne hæres vniuersaliter institutus statim mero jure succedat, aut transmittat, sed ne legatarius ab eo turbari posset in vsufructu. Et inde infert posse Seium vniuersaliter institutum statim adire, & transmittere hæreditatem, & consequenter validum esse 361

esse legatum illius vsusfructus, statimque posse capi à legatario: atque idem esse affirmat de institutione in ipso vsufructu, quam dicit esse merum legatum, sicut quamlibet aliam institutionem in re certa. At hic dicendi modus mihi valde displicet: tum quia liberè assumit tempus mortis legatarij non esse adjectum vt conditionem suspensiuam institutionis vniuersalis, contra *l. Hæres meus, in princip. & l. Quibus diebus, §. Quidam Titio, ff. de Condit. & demonstrat.* Tum etiam dum institutionem in re certa dicit esse merum legatum, cujus oppositum probauimus *sect. præced. num.* 303. Vtrum vero non obstante quòd dicta institutio vniuersalis post mortem vsufructuarij sit conditionalis, valeat & capi possit legatum vsusfructûs? tractat latè & eruditè Menoch. *de Præsumption. lib. 4. præsumpt.* 141. *à num.* 33.

362 Secunda sententia principalis docet, vxorem illam institutam in vsufructu censeri institutam vniuersaliter, seu in totam hæreditatem; extraneum verò vniuersaliter institutum post ejus mortem, censeri tantùm fideicommissarium, respectu cujus mulier grauata sit hæreditatem restituere post mortem. Hanc sententiam videtur magis probare Menoch. *d. præsumpt.* 141. *num.* 26. *cum seqq.* vbi pro ea refert Crot Ruin. Crauet. Cephal, Pechium; & Riminald. Eandem tradit *consil.* 273. *numer.* 6. vbi pro ea allegat Bald. Angel. Zabarel. Salicet. Socin. Dec. Bertrand. & alios, additque pro illa esse solidam satis, & efficacem rationem: plurimos etiam eam tenentes adducit Prætis *d. solut.* 1. *num.* 13.

363 Ratio prioris partis est, quia in hoc casu non est aliquis institutus vniuersaliter pro tempore, quo illa mulier vixerit, sed ipsa tantùm est instituta in re certa, id est in vsufructu, qui res certa censetur: institutus autem in re certâ, quando non est alius institutus vniuersaliter, vel in quota hæreditatis, fit hæres simpliciter, & in totum, detracta mentione rei certæ *l.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. instit.* Neque obstat, quòd illa mulier solùm pro tempore vitæ suæ instituta est; quia etiam limitatio temporis habetur in institutionibus pro non adjecta, *l. Hæreditas ex die, ff. de Hæred. institut.* atque adeo talis mulier, tam quoad res hæreditarias, quàm quoad tempus fit vniuersaliter hæres. Et hinc sumitur ratio pro alia parte, quòd scilicet extraneus solùm fideicommissariè ad hæreditatem admittitur post mortem mulieris; nam cùm hæc fit hæres in totum, & in perpetuum, planum est non posse illum extraneum fieri etiam directo hæredem, sed solùm indirectè, & fideicommissariè; atque hoc modo admitti debet, vt satisfiat voluntati testatoris, volentis vt post mortem vxoris hæreditas deueniat ad illum extraneum.

Hæc sententia mihi magis placet, tum ob rationem adductam, tum quia videtur receptior. Procedet autem cum minori scrupulo, quando ille extraneus esset vocatus per verba communia, vt si testator diceret: *Post mortem vxoris meæ, quam hæredem in vsufructu meorum bonorum instituo, succedat in omnibus meis bonis Titius:* vel, *Relinquo mea bona Titio, &c.* Sic cum alijs Menoch. *dict. præsumpt.* 141. *numer.* 29. & Præt. *d. solut.* 1. *numer.* 19. Habetque hæc sententia hanc vtilitatem, quòd mulier restituens hæreditatem illi extraneo, etiam vocato per verba ciuilia, potest retinere quartam Trebellianicam, vt multis relatis tradunt Menochius *supra, numer.* 28. & Prætis *numer.* 14. *& seqq.* Ad fundamentum primæ sententiæ principalis, quæ est contra, respondetur facilè quando dicitur, quòd institutus in re certa habetur loco legatarij, si est alius institutus vniuersaliter, id intelligi quando simul est alius sic institutus, non verò quādo ordine successiuo, vt in præsenti. 364

Vtrum quando maritus instituit vxorem in vsufructu suorum bonorum, & post ejus mortem instituit proprium filium vniuersaliter, idem dicendum sit, quòd in prædicto casu, quo post vxoris mortem instituit extraneum? Vide apud Menoch. *d. præsumpt.* 141. *à num.* 11. 365

vſque ad 24. & apud Prætis *dict. ſolut.* 1. *à num.* 23. vbi negantem partem tuetur; eo præſertim fundamento, quòd adjectio temporis poſt mortem vxoris, detrahatur à legitima filijs debitâ, quam dicit eſſe quotam hæreditatis. Sed hoc fundamentum non eſt ſolidum; nam verius eſt eam legitimam eſſe quotam bonorum, vt alibi docuimus.

Quaſdam alias difficultates minoris momenti circa inſtitutionem in re certa, conſultò omitto; quia vix in praxi occurrent: videri autem poſſunt apud Imol. *in leg.* 1. *§. Si ex fundo, ff. de Hæred. inſtit.* & apud Gregor. Lopez *id l.* 14. *tit.* 3. *Part.* 6. *verſ. Todos los bienes.*

FINIS PRIMI TOMI.

Grauiorum Erratorum Syllabus.

Pagina.	*Numerus.*	*Columna.*	*Linea.*	*Errata.*	*Corrige.*
2.	3.	2.	2.	Nam.	Nec.
4.	8.	1.	25.	duplici.	publici.
10.	14.	1.	21.	fcd.	ſed.
27.	68.	2.	47.	poſttea.	poſtea.
28.	69.	1.	24.	adud.	apud.
ibidem.			41.	limua.	limita.
40.	110.	2.	31.	quo.	*dele omnino.*
67.	181.	1.	25.	agĕgendo.	agendo.
77.	212.	1.	47.	græcedenti.	præcedenti.
77.	213.	2.	47.	cauſæ.	cauſæ.
84.	232.	1.	5.	diſpore.	diſponere.
ibidem.			15.	diſpohtionem.	diſpoſitionē.
93.	260.	1.	47.	fine.	ſine.
111.	309.	2.	11.	ſufcere.	ſufficere.
117.	326.	1.	37.	fint.	sint.
133.	370.	1.	36.	atuem.	autem.
134.	373.	1.	16.	illla.	illa.
153.	17.	2.	36.	Theolopis.	Theologis.
160.	34.	2.	2.	filiorum.	foliorum.
169.	*in Summar.*	2.	17.	teſtamexto.	teſtamento.
172.	67.	1.	36.	teſtor.	teſtator.
185.	105.	2.	39.	vltras.	vltra.
188.	111.	2.	19.	iu.	in.
189.	116.	2.	34.	differ.	differt.
202.	156.	2.	9.	lice.	licèt.
210.	174.	1.	29.	quopuo.	quoquo.
211.	177.	2.	3.	ignominoſa.	ignominioſa.
216.	*in Summar.*	1.	8.	poſslt.	poſsit.
219.	199.	1.	21.	impergecto.	imperfecto.
228.	231.	1.	22.	mairi.	maiori.
232.	242.	1.	47.	uumerus.	numerus.
249.	303.	2.	19.	miſerabiies.	miſerabiles.
265.	352.	2.	43.	probetur	probatur.
297.	453.	1.	2.	duos.	duo.
300.	*in Summar.*	1.	37.	ſufficiant.	ſufficiat.
364.	17.	2.	15.	memoreeur.	memoretur.
370.	29.	1.	43.	aridet.	arridet.
393.	98.	2.	16.	infellige.	intellige.
395.	103.	1.	29.	tantummodp.	tantummodo.
406.	138.	2.	26.	modem.	modum.
420.	178.	1.	40.	ducturam.	ducturum.
421.	*in Summar.*	2.	23.	matrimoniam.	matrimoniū.
437.	235.	2.	13.	certæ puellæ.	certa puella.
438.	*in Summar.*	1.	11.	conditionem.	conditio.
444.	*in Summar.*	2.	28.	grruati.	grauati.
468.	*in Summar.*	2.	30.	propoitur.	proponitur.